

**FACULDADE DE DIREITO**  
**UNIVERSIDADE DE LISBOA**



**A SOLIDARIEDADE PASSIVA COM FUNÇÃO DE GARANTIA:**  
**REGIME JURÍDICO APLICÁVEL**

PAULA MONTEIRO VIANNA

Dissertação

Mestrado Científico em Ciências Jurídicas  
Área de Especialização: Ciências Jurídicas

2017

**FACULDADE DE DIREITO**  
**UNIVERSIDADE DE LISBOA**



**A SOLIDARIEDADE PASSIVA COM FUNÇÃO DE GARANTIA:**  
**REGIME JURÍDICO APLICÁVEL**

PAULA MONTEIRO VIANNA

Orientadora: Senhora Professora Dra. Maria Raquel Rei

Mestrado Científico em Ciências Jurídicas

Área de Especialização: Ciências Jurídicas

2017

## **AGRADECIMENTOS:**

À Beatriz e ao Lucas, que me ensinam diariamente o significado do amor.

Ao Daniel, meu fiel companheiro nessa e em tantas outras jornadas. Obrigada por todo o apoio e paciência pelos momentos de ausência.

Aos meus pais, responsáveis por plantarem em mim a semente do gosto pelo conhecimento e a quem dedico, por serem os meus maiores incentivadores, essa conquista.

À minha irmã, que contribuiu – ainda que involuntariamente – para a formação da minha personalidade questionadora e inquieta. À toda a minha família, pelo amor e força de sempre. Alda e Aline, agradecimentos especiais pela revisão e pelas sugestões no texto.

À Senhora Professora Doutora Maria Raquel Rei, pela disponibilidade e orientação, e pelo estímulo na conclusão deste trabalho.

Ao Pedro, um especial muito obrigada, por ter tornado esses dias de estudo muito menos solitários e mais leves, permitindo-me ter um interlocutor constante para as minhas dúvidas e debates. Espero poder retribuir todo o tempo carinhosamente dedicado.

Aos meus amigos de mestrado, em especial à Helenara, Patrícia, Julia, Paulo Enrique, Cecília e Bruno, sem vocês essa experiência teria sido muito menos enriquecedora. Amigos que fiz na FDUL e que permanecerão até o fim dos meus dias. Aos meus tantos outros amigos queridos da vida e que me ajudaram – direta ou indiretamente – na conclusão desta investigação: obrigada por existirem e por tornarem os meus dias mais felizes.

Foram muitos os obstáculos que encontrei ao longo dos últimos anos e que impossibilitaram a conclusão desta investigação mais cedo. Valeu a pena esperar. Já dizia Gandhi: “A satisfação está no esforço e não apenas na realização final”.

## **RESUMO**

A presente contribuição acadêmica busca analisar a solidariedade passiva com função de garantia das obrigações, que escassa atenção merece da doutrina nacional, a despeito da sua inquestionável potencialidade de utilização nas relações patrimoniais privadas, notadamente no campo do direito bancário e securitário. Muito embora a solidariedade não tenha, na sua gênese, a finalidade explícita de garantia, o presente trabalho propõe que a interpretação do art. 512º do Código Civil Português assegura ao operador do Direito a utilização de tal instituto para fins de garantia pessoal, sem que, como isso, necessite agregar características que não lhe são inerentes. Com efeito, das poucas vezes que a doutrina dedica algumas linhas para o referido instituto o faz de maneira a tentar aproximá-lo de outros já existentes ou enquadrá-lo em determinado regime jurídico que não aquele da própria solidariedade, prevista no artigo 512º do Código Civil. Este trabalho visa, portanto, analisar a solidariedade passiva com função de garantia sob a ótica da própria solidariedade, sem imiscuí-la ou confundí-la com institutos afins do Direito Civil, notadamente a fiança, a assunção cumulativa de dívida e a solidariedade imperfeita. É preciso resgatar a ideia de que um instituto, muito embora originalmente criado para um determinado fim, possa ser utilizado para outra finalidade sem que, com isso, seja desvirtuado ou se transforme em outro instituto existente. O Direito Civil, sendo uma ferramenta (quicá a principal delas) que busca regular situações concretas entre particulares e não meramente hipotéticas, deve obrigatoriamente acompanhar a crescente complexidade das relações humanas e fazer adequar os institutos já existentes à novas demandas que surgem no cenário contemporâneo. A solidariedade passiva como forma de garantia é, portanto, fruto da concepção do Direito Civil como um direito vivo e aberto a novas leituras e interpretações.

### **Palavras-chaves**

Solidariedade Passiva – Garantia das Obrigações – Autonomia da vontade - Atipicidade contratual – Relações privadas - Regime jurídico aplicável.

## ABSTRACT

The present thesis analyzes the role of passive solidarity in guaranteeing obligation, which, despite its unquestionable potential in regulating private relations, particularly in the field of Banking and Insurance Law, currently receives little attention from the national doctrine. Even though solidarity, in its conceptual essence, does not compel obligation, the present work proposes an interpretation of article 512º of the Portuguese Civil Code that would ensure Law Professionals the use of such juridical construct for personal guarantee purposes, without the need to add characteristics not inherent to it. In fact, the few references made in the doctrine to the above-mentioned juridical construct, attempt to morph it into existing legal concepts or to adjust it to other specific legal frameworks other than that of solidarity – foreseen in article 512º of the Civil Code. This paper, therefore, intends to analyze how passive solidarity can function as a guarantee, considering only the conception of solidarity itself, without mixing it or confounding it with similar juridical constructs in Civil Law, such as suretyship, cumulative debt assumption and imperfect solidarity. It is necessary to summon to remembrance that a juridical construct, although originally created for a particular purpose, may be used for another objective without being distorted or transformed into another existing construct. Civil Law is perhaps the main tool to regulate concrete (and not merely hypothetical) situations between private individuals, and therefore must follow the growing complexity of human relations and adapt existing juridical constructs to the new demands of our contemporary state. Passive solidarity as a form of guarantee is, hence, a result of perceiving Civil Law as a living law, opened to new readings and interpretations.

**Key words:** Passive solidarity - Guaranteeing obligation – Partie's free will to contract - Non-standard contracts - Private relations - Proper legal rules.

## SUMÁRIO:

<b>1 – INTRODUÇÃO</b>	<b>9</b>
1.1 – Apresentação da questão central do estudo	13
 <b>2 – ELEMENTOS DA OBRIGAÇÃO, GARANTIAS DAS OBRIGAÇÕES, AUTONOMIA PRIVADA E ATIPICIDADE DOS CONTRATOS.</b>	
2.1 – Elementos da obrigação e do incumprimento	17
2.2 - Das garantias das obrigações	21
2.3 - Figuras afins (que também exercem função de garantia)	29
2.4 - Análise dos requisitos da garantia pessoal e a suposta imperatividade das regras da figura-matriz (fiança)	35
2.5 - O Princípio da Autonomia da vontade e dos Contratos Atípicos	40
 <b>3 – A SOLIDARIEDADE PASSIVA NO DIREITO DAS OBRIGAÇÕES.</b>	
3.1 – Origem histórica da solidariedade passiva e o seu tratamento em outros ordenamentos jurídicos	48
3.2 – A Solidariedade passiva e o seu regime jurídico usual	53
3.3 – Da interpretação dos artigos 512º e seguintes do Código Civil	63
 <b>4 - SOLIDARIEDADE PASSIVA COM FUNÇÃO DE GARANTIA E INSTITUTOS AFINS: UM COTEJO NECESSÁRIO.</b>	
4.1 – A figura matriz das garantias pessoais: a <i>fiança</i>	70
4. 2 - A solidariedade passiva com função de garantia	73
4.3 – Regime jurídico aplicável à solidariedade passiva com função de garantia	77
4.3.1 – Solidariedade nas relações externas e fiança nas relações internas?	78
4.3.2 - Fiança com renúncia prévia ao benefício da excussão?	85
4.3.3 - Assunção cumulativa de dívida?	89

4.3.4 - Solidariedade imperfeita? -----	93
<b>5 – CONCLUSÃO -----</b>	<b>101</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS -----</b>	<b>106</b>



## 1 - INTRODUÇÃO

O estudo do regime jurídico aplicável à solidariedade passiva em garantia permite-nos identificar, para além da natureza obrigacional da solidariedade de devedores, função distinta desta figura jurídica, qual seja: - a de garantia pessoal.

Assim, trataremos da possibilidade de o instituto que ora nos propomos a analisar atuar com finalidade diversa daquela para o qual fora criado. É dizer: ao convencionar a solidariedade com a finalidade de garantir determinada obrigação, as partes lhe conferem outra função específica: por meio da adição de um novo patrimônio ao do devedor originário, pretende-se reduzir o risco de incumprimento da prestação. Este fim, como é de se notar, embora não se afaste daquele que originariamente fora pensado para o instituto, assume papel principal, mas - nem por isso - o desnatura.

Com efeito, a localização da solidariedade no capítulo do Código Civil<sup>1</sup> dedicado à modalidade das obrigações revela, desde logo, a sua natureza e, conseqüentemente, as normas jurídicas a que está submetido o instituto (artigos 512º e seguintes do Código Civil). Há, no entanto, como se verá nas linhas a seguir, casos por meio dos quais as partes acordam a participação de um terceiro (garante) que assume a dívida em igualdade de condições com o devedor (e não de forma subsidiária), podendo este ser demandado diretamente pelo valor integral. Resta nítido que, em tais hipóteses, o reforço (garantia) passa a ser o intuito único e especial da estipulação da solidariedade, até mesmo porque o *garante* que, na relação externa figura como devedor solidário, internamente nada deve.

É bem verdade que, mesmo nos casos típicos, a ocorrência da solidariedade passiva (seja legal ou convencional) sempre trará ao credor – por si só - um reforço do seu crédito, na medida em que vários patrimônios (e não apenas um) respondem pela totalidade da prestação, sendo facultado ao credor

---

<sup>1</sup> Modalidade das obrigações: Livro II, Título I, Capítulo III, Secção II, do Código Português.

eleger e cobrar daquele(s) que melhor(es) situação(ões) financeira(s) apresente(m). Daí se vê que a solidariedade típica também possui, ainda que em menor escala, carga garantista.

Diferentes são os casos de *solidariedade em garantia*, em que há um acordo expresso entre o credor e o garante, a fim de que se diminua o risco de inadimplemento do devedor. A função de garantia, aqui, não é apenas mais nítida, mas representa o próprio motivo da avença.

De fato, diante de situações de *solidariedade em garantia*, procuraremos averiguar o arcabouço legislativo que lhe será aplicável, questão que, embora apresente grande relevância prática, mormente nas complexas relações econômicas envolvendo instituições bancárias, infelizmente ainda encontra escasso espaço de debate na doutrina nacional.

Posto isso, o exame que nos propomos a desenvolver, como adiantado, parte da verificação de um caso específico (solidariedade convencionada com função de garantia), que deixa manifestar na identificação do instituto, com muito maior relevância, o seu cunho garantista. Tal é em si um elemento revelador da desnecessidade de impor-se às figuras jurídicas uma única e genérica função, a exemplo do que lamentavelmente ocorre em grande parte dos ordenamentos jurídicos.

Veremos que a ideia em destaque não é apenas sedutora, mas antes de possível aplicabilidade no plano prático. Explica-se melhor: ao moldar as figuras típicas cada qual *à própria medida*, pretende-se melhor concretizar a finalidade do Direito, assegurando-se o atendimento individualizado e específico das necessidades de determinadas relações jurídicas, quando não propriamente tipificadas.

Compreende-se, assim, que, no campo das relações patrimoniais privadas, a atuação do princípio da autonomia da vontade<sup>2</sup> e, portanto, da liberdade de contratar, é bastante alargado, respeitadas, por óbvio, as limitações

---

<sup>2</sup> Não olvidamos, ao assim dispor, das limitações impostas ao princípio da autonomia da vontade, a que nos ateremos em capítulo próprio, mas entendemos que se há em direito um campo no qual a atuação da liberdade contratual entre as partes deve encontrar maior alargamento é no terreno (relações patrimoniais privadas) que ora nos encontramos.

que lhe são impostas seja por questões de ordem pública, seja ainda por respeito a normas imperativas ou a direitos de terceiros.

É por isso que entendemos que a problemática que se vai alinhar nos próximos capítulos clame por uma efetiva mudança de ótica em seu exame, ao permitir que o âmbito de atuação da solidariedade passiva, assim como de outros instrumentos jurídicos, não se limite àquele fim previsto expressamente na lei.

Em verdade, o que se pretende demonstrar é que o direito da parte será concretizado, com mais efetividade, ao permitir-se a utilização de figuras jurídicas com mais de uma função, neste caso especificamente, da solidariedade passiva com função de garantia. Assim, se atenderá de forma personalizada a cada tipo de contrato, com as necessidades que lhe sejam peculiares, deixando-se simplesmente de reproduzir às cegas doutrinas pretéritas e disposições legais *ipsis literis*, e despertar para possibilidades não tipificadas expressamente na lei, mas igualmente necessárias para que se dê efetividade ao direito da parte<sup>3</sup>.

Por outro lado, não se deve olvidar que, embora as partes possam no campo de atuação da autonomia privada, manifestar e disciplinar livremente o conteúdo das relações jurídicas de que participam, atuando com ampla liberdade contratual, mereçam também as normas matrizes observação naquilo que sejam compatíveis com o instituto em exame.

Dito isso, pincelaremos, em primeiro lugar, a estrutura da obrigação e alguns de seus elementos identificadores, sem – no entanto – adentrar na análise do tema. A identificação e a compreensão de seus traços nos permitirá detectar, mais à frente, a adequada dinâmica do caso que ora buscamos solucionar. A enumeração daqueles pontos, por sua vez, nos levará ao estudo das garantias das obrigações.

---

<sup>3</sup> Porque, como se sabe, impossível ao legislador tipificar todos os casos e as relações particulares, deixando tal tarefa ao exegeta. É que o preceito jurídico exige uma demarcação de contornos que não consegue alcançar a multiplicidade de situações que se vão apresentando hodiernamente e que necessitam de tutela jurídica. Assim que é dado aos particulares, valendo-se da ampla liberdade de contratar conquistada, disciplinarem suas relações criando novas figuras ou conferindo nova roupagem àquelas já existentes, de molde a terem suas reais necessidades atendidas.

Neste contexto, destacaremos o princípio da autonomia da vontade como apoio inevitável para a conclusão de que o vazio legislativo, no palco das obrigações patrimoniais privadas, não impede que se criem ou utilizem como protagonistas, funções dos institutos jurídicos, antes relegadas ao papel de meros coadjuvantes. Também veremos que a interpretação dos dispositivos relativos à solidariedade, quando realizada de forma correta, nos permite identificar a possibilidade de sua utilização com múltiplas funções.

Trataremos sumariamente o regime jurídico da *fiança*, figura matriz de garantia pessoal, a fim de, em comparação à *solidariedade em garantia*, delimitar os contornos de cada instituto, diferenciando-os. Citaremos, ainda, algumas figuras afins, que também podem – ao lado da solidariedade passiva – atuar com função de *garantia*, embora tal preocupação não estivesse no intuito, pelo menos principal, do legislador ao instituí-las.

Posteriormente, adentraremos no tópico principal deste trabalho: a solidariedade passiva convencionada com função de garantia merece uma atenção que não lhe foi ainda, a nosso ver, direcionada pela doutrina portuguesa, no sentido de uma configuração contemporânea.

Isso porque, o valor jurídico do instituto para as modernas transações bancárias e negociais é imensurável, sendo fundamental a compreensão da sua construção e evolução no cenário atual.

Traçaremos em breves linhas o regime jurídico que se afigura adequado a este forte instrumento jurídico, dele afastando as vozes que insistem em, simplória e empobrecidamente, aproximá-lo de figuras já existentes (*fiança* no plano interno e solidariedade no externo, *fiança* com renúncia prévia ao benefício da excussão, assunção cumulativa de dívida e *solidariedade imprópria*).

Concluiremos desta forma, que o campo de atuação da solidariedade passiva é amplo, não se resumindo a uma única função, sendo esse o propósito deste relatório, que se espera servir, de alguma forma, como modesto contributo para o estudo da solidariedade passiva em garantia no cenário jurídico atual.

## 1.1 APRESENTAÇÃO DA QUESTÃO CENTRAL DO ESTUDO

O problema - a que nos ateremos e que doravante nos referiremos como *paradigma* - está assim delimitado: imaginemos que *A* (instituição bancária), em contrapartida ao pedido de crédito de 300 mil euros realizado por *B*, lhe exija uma *garantia*. Imaginemos, ainda, que as condições impostas pelo Banco *A* para a aceitação de dita garantia sejam as enumeradas a seguir: a) que a garantia tenha natureza pessoal e não real; b) que não seja acessória, isto é, independa da dívida principal; c) que outorgue ao credor um mecanismo de cobrança mais eficaz e, de preferência, que lhe seja possível eleger dentre o devedor e o garante de quem cobrar o *todo*, sem que tenha que esgotar previamente os meios de cobrança contra o devedor.

Necessitando do mútuo solicitado e, levando-se em conta as exigências formuladas pelo banco credor, *B* resolve solicitar a *C* que participe da sua relação com *A*, na qualidade de *garante*. Porém, que dita intervenção se dê em igualdade de condições consigo frente ao credor comum. Para tanto, as partes decidem celebrar um negócio jurídico no qual *A* figura como credor, ao passo que *B* e *C* figuram como devedores solidários, sendo lícito a *A* exigir de quaisquer dos co-devedores a totalidade da dívida comum.

Assim, as partes optam por convencionar que *C*, na relação com *A*, figurará como devedor, na mesma linha que *B*, embora internamente nada deva. O reforço da garantia geral (patrimônio de *B*) ocorre através do oferecimento de outro patrimônio (no caso, o de *C*), de forma direta (autônoma) e não subsidiária ou dependente (acessória).

Observe-se que, ao contrário da situação de mera solidariedade passiva, no caso em tela, *C* garante a quota parte de *B*, a quem verdadeiramente a obrigação diz respeito. Se for *C* a cumprir, responderá pela prestação integral normalmente e, depois, poderá exercer o *regresso integral (ou pleno)* contra *B*, ao passo que se *B* for o demandado, este não terá regresso algum contra *C*.

Tal característica opera uma modificação significativa no conteúdo normal do direito de regresso, já que não se subsume exatamente aos termos do

artigo 524º do Código Civil<sup>4</sup>. Nesta situação, como se revela, C não satisfaz o direito do credor para além da sua quota parte, mas na totalidade, porquanto, na realidade, não lhe competia parte alguma.

Formulada a questão que se pretende analisar, ideia – como se disse – central da presente investigação, indaga-se: a) É possível atribuir a C a qualidade de devedor solidário nas relações externas e fiador nas relações internas?; b) Seria C fiador com renúncia prévia ao benefício da excussão?; c) Poder-se-ia afirmar que C assumiu a dívida de B? Caso as respostas às perguntas antes formuladas sejam negativas, estaríamos diante de: d) um caso de *solidariedade passiva imperfeita*?; e) É possível não haver direito de regresso na solidariedade passiva ou, ainda, que o regresso seja integral/pleno? Logo, a que normas estarão submetidas as partes? Qual o regime jurídico que se deve aplicar à relação travada entre A, B e C, de solidariedade em garantia?

Ou seja, buscar-se-á, por meio deste estudo, definir quais normas, direitos, deveres, garantias, proibições, isto é, qual grupo de regras legais é aplicável às relações de solidariedade passiva, quando tal instituto for convencionado com função expressa de garantia. Isso dependerá, como parece lógico, da definição prévia da natureza<sup>5</sup> do instituto e da sua localização topográfica, a fim de enquadrar-se referidas relações jurídicas no gênero a que pertencem.

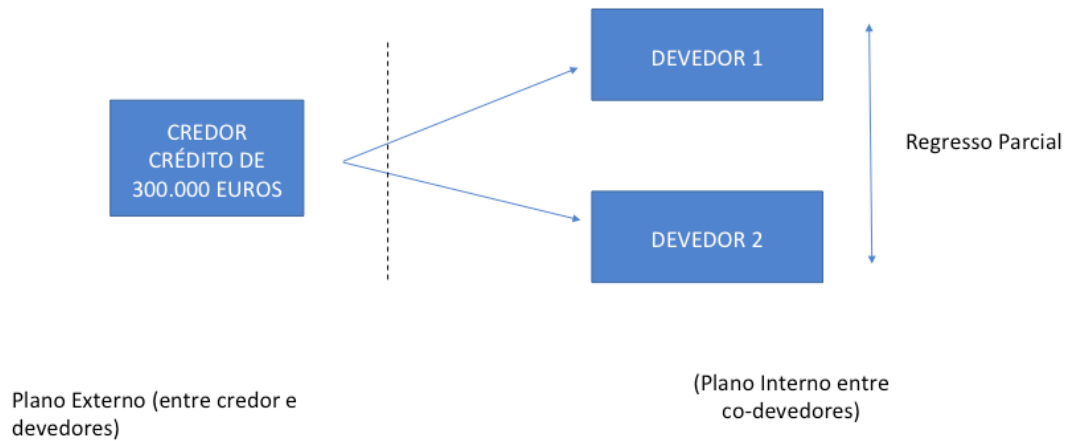
Para melhor visualização do caso concreto, veja-se o esquema normal da solidariedade passiva, no qual A (Credor) é credor de 300.000,00€ e os Devedores 1 (B) e Devedor 2 (C) são devedores solidários no pagamento da dívida, podendo ser demandados – ou um ou outro – pela sua integralidade da prestação. Aquele que pagou terá um regresso parcial (no plano interno) em relação à quota-parte do outro co-devedor comum.

---

<sup>4</sup> Artigo 524º do Código Civil: “O devedor que satisfizer o direito do credor além da parte que lhe competir tem direito de regresso contra cada um dos condevedores, na parte que a estes compete.”

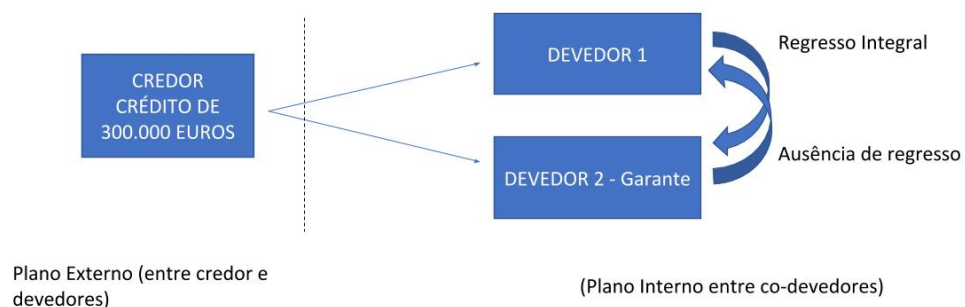
<sup>5</sup> A nossa intenção é a de, verificada a essência do instituto e sua classificação clássica no ordenamento jurídico, demonstrar que, não obstante ser a sua função mais conhecida a de modalidade de obrigação plural facilitadora da cobrança da dívida, não é esta a única, abrindo-se a possibilidade de utilização da mesma figura com fim diverso daquele expressamente previsto na lei.

## 1ª HIPÓTESE – SOLIDARIEDADE COMUM



Agora, observe-se a hipótese 2, ora em análise, na qual convencionase que o Devedor 2 (C) é garante do Devedor 1 (B), assumindo – para tanto – em igualdade de condições com o primeiro e de forma solidária o pagamento da dívida. Opera-se uma alteração no plano interno (entre co-devedores), na medida em que poderá não haver regresso (no caso de ser demandado pela integralidade da dívida o Devedor 1) ou pode haver regresso integral (no caso de ser demandado pela integralidade da dívida o Devedor 2 – garante).

## 2ª HIPÓTESE – SOLIDARIEDADE CONVENCIONADA COM FUNÇÃO DE GARANTIA



Estando clara a questão ora posta em exame, iniciaremos o estudo por pontuar alguns conceitos que entendemos de suma relevância para a melhor

compreensão do tema e que nos ajudarão a responder às indagações antes formuladas.



## 2. ELEMENTOS DA OBRIGAÇÃO, GARANTIAS DAS OBRIGAÇÕES, AUTONOMIA PRIVADA E ATIPICIDADE DOS CONTRATOS

### 2.1 ELEMENTOS DA OBRIGAÇÃO E INCUMPRIMENTO

Se há incumprimento da obrigação acordada, opera para o credor, a teor do disposto no artigo 817º e seguintes do Código Civil, a possibilidade de executar o patrimônio do devedor por inadimplemento<sup>6</sup>.

O inadimplemento ocorre quando há incumprimento definitivo da obrigação por parte do devedor, sendo ainda a prestação principal possível e permanecendo o interesse do credor no seu cumprimento<sup>7</sup>.

Os efeitos jurídicos decorrentes do não cumprimento de determinada obrigação e as garantias exigidas para acautelar eventual execução são os pontos da investigação das obrigações em que nos centraremos, mais especificamente a *solidariedade passiva com função de garantia*.

Para tanto, começaremos o estudo por destacar alguns elementos da obrigação que, vistos em linhas gerais, nos permitirão contextualizar e visualizar a questão ora posta em debate<sup>8</sup>.

A obrigação está definida no artigo 397º do Código Civil<sup>9</sup>. A visão mais moderna inclui no conceito, como observa ANTUNES VARELA, os chamados

---

<sup>6</sup> Terá, ainda e consoante o que foi acordado entre as partes, a faculdade de resolver o contrato por incumprimento, segundo MARIO E. CLEMENTE MEORO. *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998, p. 2.

<sup>7</sup> MENEZES CORDEIRO, ANTÓNIO. *Tratado de Direito Civil Português*, Direito das Obrigações, Tomo IV, Coimbra: Almedina, 2010, p. 135.

<sup>8</sup> Pressupõe-se o prévio conhecimento do tema, já que é impossível descortinar em tão breves linhas o estudo das relações obrigacionais. Ater-nos-emos, apenas, aos tópicos que entendemos principais para a contextualização do estudo a que nos propomos.

<sup>9</sup> Artigo 397º do Código Civil: “Obrigação é o vínculo jurídico por virtude do qual uma pessoa fica adstrita para com outra à realização de uma prestação”. Ao passo que o Código Civil Português preocupou-se em conceituar o instituto, no artigo 397º, a exemplo do Código Grego, dispondo ainda o Código Alemão, que “em virtude da obrigação, o credor tem o direito de exigir do devedor uma prestação”, a grande maioria dos

*deveres acessórios de conduta*, que, embora não interessem diretamente à prestação principal, são essenciais ao correto processamento da relação obrigacional.<sup>10</sup>

Sendo, portanto, a definição clássica de obrigação<sup>11</sup> a relação jurídica existente entre dois ou mais sujeitos, de um lado o(s) credor(es) de uma determinada prestação, consistente em um *facere* (ação positiva) ou não *facere* (ação negativa) ou em uma prestação de dar e, do outro lado, o(s) devedor(es) desta, concluímos que os elementos constitutivos da obrigação são: o elemento subjetivo (*sujeitos da obrigação*), o elemento objetivo (*prestação*) e o vínculo jurídico<sup>12</sup>.

É o *vínculo jurídico* o elemento que nos interessa, neste contexto, destacar, já que a *garantia* é o terceiro elemento que integra este vínculo<sup>13</sup>, ao lado do direito à prestação e do dever correlativo de prestar.

---

ordenamentos jurídicos deixaram a tarefa para a doutrina, a exemplo do Código Civil Brasileiro e do Código Civil Italiano, cf. VAZ SERRA, Adriano Paes da Silva. *Obrigações – Idéias preliminares gerais*. Boletim do Ministério da Justiça, n. 77, jun. 1958, p. 8 e ss.

<sup>10</sup> ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das Obrigações em Geral*, 10. ed., V. I, Coimbra: Almedina, 2012, p. 123.

<sup>11</sup> Para ANTUNES VARELA, *op. cit.*, p. 15: "o direito das obrigações é o conjunto das normas jurídicas reguladoras das relações de crédito, sendo estas as relações jurídicas em que ao direito subjectivo atribuído a um dos sujeitos corresponde um dever de prestar especificamente imposto a determinada pessoa"

<sup>12</sup> Várias teorias se propõem a explicar o vínculo jurídico obrigacional. A respeito, confira-se MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil: Direito das Obrigações*, 2.ed., V.6, Coimbra: Almedina, p. 266 e ss. Dentre elas, resumidamente, destacam-se a doutrina tradicional ou monista, que explica que, uma vez estabelecida a relação, nasce o dever de prestar para a parte passiva, em contrapartida ao direito de exigir o cumprimento para o sujeito ativo. O dever de exigir seria inerente ao próprio dever de prestar, caracterizando-se um binômio, isto é, uma relação de dois termos. Assim, na relação jurídica haveria apenas um vínculo composto por duas faces correlatas. De acordo com esta teoria, na relação obrigacional, existe apenas um vínculo, com duas faces opostas, porém correlatas. Há autores, no entanto, que entendem que o direito de exigir não integraria a relação jurídica, surgindo *a posteriori*, apenas quando o devedor se tornasse inadimplente. Já os adeptos da teoria dualista, também conhecida por teoria do débito ou da responsabilidade, explicam o fenômeno de outra maneira. Afirmam seus seguidores que a obrigação deve ser entendida como uma relação complexa, porquanto haveria dois vínculos distintos a integrá-la, um de caráter espiritual (representado pela própria vontade do devedor em cumprir com a prestação – *debitum* ou "*schuld*") e outro de caráter material (direito ou poder do credor de exigir o cumprimento ou a responsabilização do devedor – *obligatio* ou "*haftung*"), esta última nasce apenas em caso de incumprimento.

<sup>13</sup> ANTUNES VARELA, *op. cit.*, p. 115/ 129.

Não se contentando em apenas impor o dever de prestar ao devedor, a lei assegura o cumprimento do dever mediante a realização coativa da prestação. E é este elemento que confere juridicidade ao vínculo jurídico.

Além do vínculo jurídico, sublinharemos também aqui a necessidade de entender que a *função* da obrigação é ditada pelo *interesse* do credor. E tal se revelará de suma importância, na medida em que é o interesse concreto em jogo que terá influência na construção do raciocínio que desenvolveremos nas próximas linhas: desde já, na solidariedade passiva, em que há múltiplas pretensões e direitos envolvidos, a realização de um deles (satisfação do *interesse* do credor), extinguirá, a princípio, os demais.

As obrigações têm como principal fonte os contratos e, neste ponto, nos interessa a característica de *atipicidade* das relações creditórias e, por conseguinte, o amplo campo de atuação da liberdade contratual (braço da autonomia da vontade, prevista no artigo 405º do Código Civil Português<sup>14</sup>) reconhecida aos particulares, para fixarem, segundo as suas vontades consensuais, os termos que regularão seus interesses<sup>15</sup>. Respeitado o princípio de justiça social, que impõe cada vez mais limitações à autonomia das partes, ainda é no campo dos contratos que regulam interesses particulares que o princípio encontra maior expressão.

As obrigações distinguem-se, também, quanto ao regime jurídico em razão de seus elementos estruturais: - quanto ao sujeito (aqui se incluem as obrigações plurais); - quanto ao objeto (obrigações divisíveis e indivisíveis, obrigações específicas e obrigações genéricas, obrigações cumulativas<sup>16</sup>, alternativas e com faculdade alternativa), ou: - quanto ao próprio vínculo (obrigações civis e obrigações naturais).

---

<sup>14</sup> Artigo 405º do Código Civil: “1. Dentro dos limites da lei, as partes têm a faculdade de fixar livremente o conteúdo dos contratos, celebrar contratos diferentes dos previstos neste código ou incluir nestes as cláusulas que lhes aprouver.

2. As partes podem ainda reunir no mesmo contrato regras de dois ou mais negócios total ou parcialmente regulados na lei”.

<sup>15</sup> Abordaremos com maior atenção a questão no capítulo próprio.

<sup>16</sup> Cf. JANUÁRIO GOMES, Manuel da Costa. *Assunção Fidejussória de Dívida*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 200 e ss.

As relações obrigacionais que nos importam no presente estudo são as obrigações com pluralidade subjetiva passiva, isto é, obrigações com dois ou mais devedores. Dentre as suas modalidades<sup>17</sup>, por sua vez, nos fixaremos no estudo da solidariedade passiva.

A relevância do estudo das obrigações solidárias passivas, especialmente quando convencionadas com função de garantia, se verifica primordialmente pela sua potencial ocorrência prática, funcionando como importante alternativa às garantias pessoais acessórias e mesmo às garantias bancárias autônomas, normalmente utilizadas para outras hipóteses que não a objeto do presente estudo.

Principalmente nas relações bancárias, como bem sublinha JANUÁRIO GOMES<sup>18</sup>, os credores – normalmente instituições financeiras –, buscam acautelar-se contra eventual insolvência do devedor da obrigação, quando consideram determinada concessão de crédito demasiado arriscada ou duvidosa (como supomos no caso *paradigma*) e exigem a participação na relação jurídica de terceiro, normalmente o cônjuge ou algum familiar próximo, de cujo patrimônio possa valer-se em eventual ação executiva destinada à satisfação da prestação objeto do ajuste.

Nesse caso, entra o princípio da autonomia da vontade<sup>19</sup> e a verificação de que os bens não são, em situações que demandam muita celeridade e maior eficácia, o meio mais adequado ao reforço da posição do credor. Por esta razão, a opção que melhor atende ao interesse deste, no caso em tela, são as garantias pessoais<sup>20</sup>. Não obstante, a fiança, por ser acessória,

---

<sup>17</sup> As modalidades de obrigações com pluralidade subjetiva passiva previstas em lei são as obrigações indivisíveis e as obrigações solidárias (artigos 512º e 535º do Código Civil Português), haja vista a sua frequente ocorrência, embora a doutrina mencione outras várias, como é o caso das obrigações mancomunadas ou em mão comum (quando o credor só pode exigir o cumprimento da prestação ao conjunto de devedores coletivamente considerados e quando os devedores só podem liberar-se levando a cabo a prestação conjuntamente).

<sup>18</sup> JANUÁRIO GOMES, *op. cit.*, p. 101.

<sup>19</sup> VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria Geral do Direito Civil*. 6. ed., Coimbra: Almedina, 2010, p. 15: “Nos negócios e nos contratos com que se regem, não é a Lei que atribui a consequência jurídica, mas sim as próprias pessoas que são autores dos negócios”.

<sup>20</sup> LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Garantias das Obrigações*. 4.ed., Coimbra: Almedina, 2012, ensina: “As garantias pessoais tendem a tornar-se, na actual sociedade econômica, a forma mais comum de prestação de garantias especiais”.

muitas vezes não é capaz igualmente de servir suficientemente às necessidades do credor.

Da mesma forma, outras garantias autônomas não se enquadrariam, com perfeição na hipótese em estudo, de forma que uma figura alternativa que merecia ser difundida na atividade bancária, para melhor suprir os interesses de tais instituições de crédito nestas situações, a nosso sentir, é a da *solidariedade em garantia*, função do instituto que analisaremos detalhadamente.

## 2.2 DAS GARANTIAS DAS OBRIGAÇÕES

Na definição de Inocêncio Galvão Telles<sup>21</sup> garantia é “o conjunto dos meios coactivos que estão ao serviço do Direito, para assegurar a sua efectividade, sempre que possível e necessário e sem os quais não há, em princípio, Direito”.

A garantia, em termos gerais, funciona como manto protetor do Direito. No campo das obrigações, as garantias de cumprimento surgem com o escopo de reforçar o direito de crédito<sup>22</sup>.

A primeira questão, a que voltamos neste contexto, é a verificação se a garantia geral deve ou não ser considerada parte integrante da obrigação.

---

<sup>21</sup> GALVÃO TELLES, Inocêncio. *Introdução ao Estudo do Direito*. 10.ed., v. 2, Coimbra: Coimbra editora, p. 225.

<sup>22</sup> Já no início do Século XX, ao escrever sobre o tema, com precisão, CARNEIRO PACHECO, Antonio Faria. *op. cit.*, p. 7, explicava a necessidade de criação das garantias: “O permanente risco da insolvência, derivado da instabilidade do património do devedor, comprometendo o crédito dêste (isto é, no sentido etymologico e economico do termo, a confiança na solvabilidade das suas dividas), fez introduzir na ordem jurídica o instituto de garantia, o qual consiste no estabelecimento, ao lado da obrigação, de uma nova relação jurídica, com condições próprias de existencia (a ponto de só se tornar exigível quando aquella deixar de ser cumprida) mas a ella unida pelo destino do valor patrimonial da prestação que contém, o qual vae alargar o objeto sôbre que ha-de exercer-se o direito do credor, ou dar-lhe estabilidade. A nova relação, de construcção jurídica autonoma, destinando-se unicamente a assegurar o cumprimento da obrigação, toma, pelo vínculo que a prende a esta, o nome de relação de garantia, e confere ao credor direitos chamados de garantia”.

MENEZES CORDEIRO nos dá conta do surgimento da ideia de garantia e informa o alargamento do conceito clássico de obrigação, para nele incluí-la como parte acessória e vinculada à prestação principal.

Nos dizeres do autor:

A responsabilidade (patrimonial) do devedor está sempre associada à própria obrigação; ela não é um direito em si nem, sequer, algo que se coordene com a pretensão: é um momento da própria pretensão (....). Podemos considerar que a “garantia” ou respondência está ínsita na idéia de juridicidade. Nem é viável, de resto, considerar que ela traduza um poder de agressão patrimonial: ela implica a possibilidade de atuar os mecanismos da realização processual do Direito, entre os quais, eventualmente, surgirá a responsabilidade patrimonial<sup>23</sup>.

A garantia geral (patrimônio do devedor genericamente considerado), a nosso ver, se insere no próprio conceito de obrigação, seja porque o credor, desde logo, é detentor de um poder abstrato sobre o patrimônio do devedor<sup>24</sup>, tanto assim que tem à sua disposição os meios de conservação deste patrimônio, ainda que só se torne concreto no momento em que é exigível a obrigação; seja ainda porque a própria ideia de juridicidade do vínculo jurídico recai justamente sobre a possibilidade de responsabilização patrimonial.

Portanto, a garantia chamada geral integra a própria obrigação. Já no que toca às garantias especiais, surge a segunda indagação: a garantia especial<sup>25</sup> advém necessariamente de um contrato acessório ou poderá ser fruto

---

<sup>23</sup> MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil, Volume VI: Direito das Obrigações*, 2. ed., Coimbra: Almedina, p. 330. Para LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *op. cit.*, p. 13, “o tema da garantia das obrigações aparece de tal forma essencial no âmbito do Direito das Obrigações que tem sido mesmo considerado implícito no próprio conceito de obrigação, definido no artigo 397º como vínculo jurídico”. E continua, p. 53: “[...]temos entendido, na esteira de PAULO CUNHA, que essa integração é plenamente justificada. Efectivamente, a faculdade que a lei atribui ao credor de executar o patrimônio do devedor, principal tutela juridical de que goza o direito de crédito, representa uma forma de assegurar ao credor a realização do seu direito, e nesse sentido constitui naturalmente uma garantia. É precisamente essa função de garantia que justifica que a lei atribua ao credor diversos meios de conservação do patrimônio do devedor [...]”. Em sentido contrário, CARNEIRO PACHECO, *op. cit.*, p. 8. Sobre o tema, confira-se, ainda, VAZ SERRA, Adriano Paes. *op. cit.*, p. 45.

<sup>24</sup> Acerca da distinção entre pretensão e crédito, confira-se VAZ SERRA, *op. cit.*, p. 40.

<sup>25</sup> JORGE, Dr. Pessoa. *Direito das Obrigações*, 1º volume, aafdl, p. 11 ensina: “As garantias especiais podem consistir na ampliação da massa patrimonial sobre que o credor pode exercer os seus direitos, o que sucede quando respondem, além do patrimônio do devedor, bens de terceiro, ou na posição de preferência em relação a outros credores com direitos sobre a mesma massa patrimonial”

de uma nova relação jurídica independente da garantida? É certo que, embora a figura clássica de garantia (fiança) tenha como marco principal o traço da acessoriedade, nem todas as garantias devem necessariamente seguir a sorte da obrigação principal. O vínculo jurídico existente entre credor e o terceiro (garante) é próprio, constituindo uma nova obrigação, que pode ou não ser acessória. Isso irá depender dos contornos que se pretende dar ao estipular-se a garantia, como teremos oportunidade de elucidar com clareza ao longo do estudo.

Nesta mesma linha de raciocínio, o próprio patrimônio do devedor funciona como *garantia geral* das obrigações, “em contrapartida às garantias especiais, que são aquelas estipuladas como um extra. Representa, pois, um reforço à garantia geral, que é o patrimônio do devedor”<sup>26</sup>.

Para além da *garantia geral*, que integra a obrigação, portanto, a fim de melhor reforçar o seu cumprimento, principalmente em transações comerciais mais complexas e de maior vulto, determinados credores não admitem, simplesmente, essa *garantia geral* (representada pelo patrimônio do devedor<sup>27</sup>), mas, receosos com o potencial descumprimento do acordado, antes buscam um reforço nesta garantia (garantias especiais).

Este o terceiro ponto a merecer nossa atenção neste capítulo: dentre as garantias especiais, as garantias reais (bens), como adiantado, mostraram-se muito pouco dinâmicas, céleres e práticas, de forma que a preferência passou a recair, em casos como o ora analisado, nas garantias pessoais. Não à toa, a

---

<sup>26</sup> MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil Português*. v. II, t. IV, Coimbra: Almedina, 2010, p. 503.

<sup>27</sup> Artigo 601º do Código Civil Português – “Pelo cumprimento da obrigação respondem todos os bens do devedor suscetíveis de penhora, sem prejuízo dos regimes especialmente estabelecidos em consequência das separação de patrimónios”. MARTINEZ, Pedro Romano e PONTE, Pedro Fuzeta da, *Garantias de Cumprimento*, 5.ed., Coimbra: Almedina, 2006, p.13. “O patrimônio do devedor constitui, assim, a garantia geral das obrigações por ele assumidas (artigo 601º do Código Civil). Qualificar o patrimônio do devedor como garantia pressupõe uma objectivação do termo garantia, pois ela não é vista no sentido amplo de juridicidade, característica de situações jurídicas com coercibilidade, mas antes como segurança; a garantia geral é a que assegura o pagamento de débitos. A garantia conferida ao credor não incide sobre bens certos e determinados do patrimônio do devedor, só se concretizando com a penhora; tratando-se de garantia geral, reflecte-se sobre todos os valores, indiscriminadamente, não prevalecendo em relação a garantias especiais, que recaem sobre bens especificados do patrimônio do devedor, como seja uma hipoteca. A garantia geral abrange todos os bens que integrem o patrimônio do devedor à altura da execução, independentemente de terem sido adquiridos antes ou depois da constituição do crédito”.

solidariedade é o regime adotado como regra no Direito Comercial (Artigo 100º do Código Comercial Português).

Como bem pontua ROMANO MARTINEZ<sup>28</sup>, a lei permite que determinado credor escolha se colocar em situação privilegiada em relação aos demais credores, ao exigir um reforço da *garantia geral*. Nos casos em que dito reforço se verifique através da adjunção de outro conjunto de bens aos do devedor orginiário, isto é, outro patrimônio (de terceiro) que não o do devedor, se configuram as garantias pessoais.

Para além das clássicas garantias pessoais, como o caso da fiança, outras inúmeras figuras (tantas quanto o campo da ampla liberdade contratual permita), estão a surgir na tentativa de melhor atender às relações de maior complexidade econômica, mormente as que envolvam instituições de crédito.

Abra-se aqui um importante *parentesis* para os autores que afirmam que a solidariedade passiva seria a maior garantia do credor ou a forma mais segura para o credor da obrigação plural (a exemplo de DIETER MEDICUS<sup>29</sup>) e outros que a estudam no capítulo das garantias (o próprio ROMANO MARTINEZ, que as qualifica de garantias indiretas, e MENEZES LEITÃO, dentre outros)<sup>30</sup>.

É certo que, uma vez entendido o patrimônio como a *garantia geral* das obrigações, fácil fica compreender que quanto mais patrimônios se adicionem ao do devedor primário no seu cumprimento, quanto maior será o reforço para o credor. Figuras como a assunção cumulativa de dívida, a compensação e a cessão de crédito, além da solidariedade, para citar apenas alguns exemplos,

---

<sup>28</sup> *Idem*, p. 71.

<sup>29</sup> MEDICUS, Dieter. *Tratado de Las Relaciones Obligatorias*, edición española Ángel Martínez Sarrión, Barcelona: Bosch, 1995, p. 367.

<sup>30</sup> ROMANO MARTINEZ, *op. cit.*, p. 254. MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de. *op. cit.*, p. 138 e ss.

FERNANDO NORONHA in *Direito das Obrigações*, 4. ed., rev. e atual. (em especial na parte relativa à perda de chances), São Paulo: Saraiva, 2013, p. 214-215, assim leciona em relação ao ordenamento jurídico brasileiro: “A solidariedade passiva, ou solidariedade entre devedores, existe quando, havendo dois ou mais devedores, qualquer um deles está obrigado pelo total do valor devido (cf. Arts. 264 e 275). Às vezes ela funciona como garantia pessoal, na medida em que o credor fica com a faculdade de exigir a totalidade da dívida de qualquer um dos devedores. Todavia não é garantia em sentido próprio, porque os devedores solidários são devedores principais, não garantem dívida alheia”.



prestam-se a reforçar o direito do credor e funcionam, assim, em maior ou menor escala, como garantias indiretas<sup>31</sup>.

Ater-nos-emos, como dito, primordialmente aos casos de solidariedade passiva, que interessa à verificação de quando esta é especificamente estipulada como forma de reforçar a garantia do cumprimento da obrigação. Isso se afirma porque o esquema usual de solidariedade passiva, nítido está, representa por si só um reforço para o credor, já que pode este eleger, no momento do cumprimento, de quem cobrar o débito em sua integralidade. Mas voltamos ao caso *paradigma* para ir além, de molde a oferecer um patrimônio (o de C no exemplo citado), que nada deve na relação interna.

Registre-se que, não obstante, a função de garantia da solidariedade de devedores seja nítida, e tão importante quanto a sua função típica (modalidade de obrigação plural), não nos parece correto abandonar por completo o intuito da lei que, ao instituir o regime, buscou reforçar a posição do credor através de um *mecanismo diferenciado* de cobrança da dívida (cobrança integral de quaisquer dos co-devedores).

Há, neste intuito, uma forma de organização entre os devedores que engloba outras vicissitudes de total relevo para a própria relação solidária e que não pode ser olvidada. Ademais, sua função de *garantia* não afasta a que lhe é atribuída por lei. São funções igualmente importantes e complementares, que devem ser usadas com destaque para uma ou outra, a depender da situação concreta apresentada e da que melhor se adeque a esta. As duas têm em comum agirem como facilitadoras da cobrança da dívida e, por isso mesmo, a confusão que se faz em restringi-la à mera função de *garantia de cumprimento*, quando a solidariedade passiva é isto e muito mais.

Não se pretende com o afirmado negar à solidariedade passiva a sua função de *garantia*, mas tão somente lembrar que ela não se resume a isso. Pode a carga garantista da solidariedade se manifestar em maior ou menor escala, em razão da operação na qual funcione.

Por isso a importante lição de Cláudia Alexandre dos Santos

---

<sup>31</sup> Analisaremos figuras afins no capítulo 2.3.

Madaleno<sup>32</sup>, que defende que a solidariedade não pode ser perspectivada como uma *garantia do cumprimento* das obrigações, ainda que em termos práticos uma obrigação plural passiva constitua um reforço do direito do credor.

E o faz sob os principais seguintes argumentos: na garantia pessoal, um terceiro assume a obrigação de executar a prestação do devedor, no caso de este não a realizar voluntariamente, enquanto na solidariedade passiva o co-devedor assume a obrigação de realizar a totalidade da prestação, respondendo pela quota-parte dos demais devedores.

Porém, afirma a autora, haveria dois aspectos fundamentais que diferenciam a garantia pessoal da solidariedade:

[...] é que o esquema de funcionamento da garantia pessoal, pelo menos a acessória, implica o prévio incumprimento por parte do devedor garantido, o que não se verifica na solidariedade, em que o credor pode instar qualquer um dos condevedores a cumprir; por outro lado, o garante, como salienta Pierre Crocq, não é responsável pela dívida senão a título provisório, o que explica que seja titular de um direito a obter o reembolso por parte do devedor garantido, quer mediante sub-rogação nos direitos do credor, quer através do exercício de acção pessoal ou direito de regresso.

Prossegue a afirmar que na chamada *solidariedade perfeita* (termo que nos parece inadequado), todos os devedores têm a sua quota-parte na dívida comum, pelo que o direito de regresso nunca é integral. Aduz:

Quando muito, poderia então aproximar-se a solidariedade imperfeita da garantia pessoal, mas não as situações comuns de solidariedade previstas no artigo 512º e seguintes do C.c. (...) Logo, sempre que a solidariedade seja imperfeita, no sentido de que nas relações externas todos respondam perante o credor comum, nas relações internas apenas um é responsável, isso implica que os restantes sejam tratados em situação equivalente à do fiador (FRÉDÉRIC ARBELLOT).

Como se observa, a própria autora admite que se refere à garantia pessoal *acessória* e não são todas as garantias que têm a característica de *acessoriedade*, embora seja esse o principal elemento caracterizador da figura

---

<sup>32</sup> MADALENO, Cláudia Alexandre dos Santos. *A acessoriedade nas garantias das obrigações*, 2009, p. 271. Dissertação de mestrado sob a orientação do Professor Doutor Manuel Januário da Costa Gomes, Ciências Jurídicas, 2009, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

matriz de garantia pessoal: a *fiança*.

Como informa MENEZES CORDEIRO, nos finais do século XIX, discutiu-se a possibilidade de existirem garantias autônomas (não afetadas pelas vicissitudes da relação principal). Hoje já é quase pacífico que a *acessoriedade* das garantias não deve ser considerada de ordem pública, havendo já em nossa doutrina inúmeros exemplos práticos de garantias autônomas, assim como em diversos outros ordenamentos jurídicos<sup>33</sup>.

Em segundo lugar, tanto a garantia não implica o prévio incumprimento por parte do devedor, que a própria fiança admite a renúncia prévia ao benefício da excussão, abrindo o caminho para que o credor livremente possa se dirigir ao garante, sem excutir previamente todos os bens do devedor.

Terceiro, que o garante (na solidariedade em garantia) é sim responsável final pela dívida perante o credor comum, tendo com ele travado uma relação jurídica própria. O que se desenrolará, a seguir, no plano interno (regresso parciário, integral ou até mesmo a ausência total de regresso), não afeta a sua qualidade de devedor do *todo*, sendo que o regresso não precisa se manifestar no plano prático, como teremos oportunidade de elucidar adiante. E regresso não se confunde com sub-rogação.

Por último, a nosso sentir, não existe distinção entre a denominada *solidariedade perfeita* e a *solidariedade imperfeita*. Isso é só mais um jogo de palavras que não leva a lugar algum (cf. explicaremos no capítulo 4.3.4). A solidariedade passiva é uma só, de definição ampla no artigo 512º do Código Civil e capaz de abarcar todas as hipóteses aqui consideradas, inclusive as de regresso parciário ou ausência de regresso.

A ocorrência mais comum do tipo chamado *perfeita* nem por isso afasta a sua manifestação em situações diversas. Ser de ocorrência mais comum ou frequente só quer mesmo dizer isso, mais nada. Há, inclusive, casos da chamada *solidariedade imperfeita* previstos na lei, o que confirma que se trata – tanto quanto a *perfeita* – de hipóteses de solidariedade.

---

<sup>33</sup> MENEZES CORDEIRO, António. *Manual de Direito Bancário*, 3. ed., Coimbra: Almedina, 2008, p. 638. Estudaremos o assunto no capítulo 2.4.

Mais. Nos casos, como o *paradigma*, nos quais internamente um dos devedores nada deve, não devem estes ser tratados em situação equivalente aos fiadores. Importa lembrar que a fiança é garantia acessória, ao passo que na solidariedade todos os co-devedores são, no plano externo, devedores principais, de mesma linha, já que seus vínculos em relação ao credor são independentes entre si. Assim é que se qualifica a função de garantia da solidariedade passiva como autônoma e, em consequência, o co-devedor não pode invocar as exceções pessoais dos demais devedores, dentre outros efeitos.

JANUÁRIO GOMES<sup>34</sup>, a tal respeito, e adotando uma classificação mais ampla, afirma que:

Falar de garantia, num sentido que ultrapasse o domínio não só da linguagem comum como também da conveniência da própria linguagem técnico-jurídica de recorrer à utilização de designações qualificativas, supõe necessariamente que haja um aumento da possibilidade ou da probabilidade de satisfação do crédito, seja através do alargamento da massa de bens responsáveis, seja através de uma certa reserva de determinado bem, para servir de base (de novo) à satisfação do crédito.

Em relação às *garantias pessoais*, o mesmo autor classifica as garantias de cumprimento em: a) garantias dependentes do crédito (acessórias); b) garantias de resultado (autônomas) e c) garantias de solvência (podem ou não estar ligadas ao crédito)<sup>35</sup>.

Daí já se vê que o mesmo JANUÁRIO GOMES admite expressamente as garantias pessoais autônomas, independentes da dívida primária/originária, exigindo para a configuração de uma garantia pessoal a existência de uma intercessão, que se dá com o surgimento de um *intercedente* entre o credor e o devedor, que responde pela mesma dívida.

---

<sup>34</sup> JANUÁRIO GOMES, *op. cit.*, p. 18.

<sup>35</sup> JANUÁRIO GOMES, *op. cit.*, p. 56. Aduz o autor: “Pelo prisma da ligação da garantia ao crédito, as garantias de cumprimento são em princípio garantias dependentes do crédito, normalmente acessórias; as garantias de resultado são, em princípio, independentes do crédito e, logo, autônomas; as garantias de solvência tanto podem estar ligadas ao crédito quanto ser independentes dele, podendo, nessa medida, ser, acessórias ou então autônomas. Independentemente da “categoria” em que se insiram, as garantias pessoais têm como características comuns a de não perturbarem o princípio *par condicio creditorum* e ainda aquela outra – resultante de o credor atender fundamentalmente à capacidade de cumprimento (*Leistungsfähigkeit*) do terceiro (para prevenir a *Leistungsunfähigkeit* do devedor) – de o credor não estar protegido contra a insolvência do garante”

Em outras palavras, a garantia pessoal exige uma relação triangular (sempre será necessária a presença de um credor, um devedor e outro devedor que garanta o cumprimento do mesmo crédito), mas isso não quer significar que a adição de um outro patrimônio deva se dar sempre de modo acessório ou vinculado ao devedor originário.

Poderão ocorrer casos, como o aqui estudado, em que o terceiro se vincule em igualdade de condições com aquele devedor. Por originário, também não se pretende afirmar a antecedência cronológica da dívida, uma vez que ambas podem surgir no mesmo momento. Sobre as terminologias adotadas, PAULO CUNHA<sup>36</sup>, entende que o melhor termo seria *devedor primário e secundário*, entendido o primário como aquele que internamente deve, ou seja, que nas relações internas é devedor de verdade.

Portanto, aceita a ideia de garantias sem o traço da acessoriedade, e atribuída a função de *garantia pessoal* à solidariedade passiva, nos resta analisar pormenorizadamente a hipótese de ser esta convencionada com o fim específico de reforço do crédito, bem como as regras que, neste caso, lhe serão aplicáveis — questões que pretendemos responder no curso desta investigação.

### 2.3 FIGURAS AFINS (QUE TAMBÉM EXERCEM FUNÇÃO DE GARANTIA)

Com o intuito de corroborar o que até aqui se disse, pretende-se pincelar algumas figuras que, apesar de não terem tido — ao menos de forma expressa — no seu nascedouro, a preocupação de atuarem como garantias específicas das obrigações, são mencionadas pela doutrina como espécies de garantias indiretas ou instrumentos que podem ser utilizados pelas partes, em suas relações comerciais, com função de garantia.

São figuras, portanto, que não se inserem no quadro das garantias, mas que podem desempenhar este papel, em complemento à sua função precípua, a depender do que ficar acordado entre as partes. Vejamos alguns dos principais exemplos trazidos pela doutrina.

---

<sup>36</sup> CUNHA, *apud*. JANUÁRIO GOMES, *op. cit.*, p. 59.

Em primeiro lugar a doutrina destaca que a *exceção do contrato não cumprido* pode atuar com função de garantia, apesar de não ter sido criada com esta finalidade, pois em verdade ela constitui, conforme ROMANO MARTINEZ “um meio de pressão sobre o devedor inadimplente”. Este nítido caráter de coação ao devedor para que cumpra a obrigação avençada, embora não a torne uma garantia indireta, teria, a seu ver, uma função de garantia<sup>37</sup>.

Em sentido contrário, ressalta JANUÁRIO GOMES que o fato de tal instituto servir apenas como um mecanismo de reforço da proteção do crédito numa relação sinalagmática, não lhe assegura a alcunha de garantia, uma vez que não constitui um aumento (qualitativo e quantitativo) da massa de bens responsáveis pela dívida<sup>38</sup>.

De idêntica maneira, continua o referido autor, pode-se dizer da sanção pecuniária compulsória e da cláusula penal<sup>39</sup>. Ambos os instrumentos, muito embora alguns autores lhe atribuam a pecha de “garantia” (seja ela com a alcunha de garantias indiretas ou especiais), têm como único intuito o fortalecimento da situação do credor através de meios de pressão para que o devedor cumpra com aquilo que prometeu, mas não representariam um alargamento de bens responsáveis pela dívida. Conforme JANUÁRIO GOMES, para a qualificação de determinado instituto jurídico como “garantia” é preciso – como dito - que este possua como função o aumento, qualitativo ou quantitativo, dos bens colocados à disposição do credor para a satisfação de seu crédito.

Um exemplo que bem descreve a premissa criada pelo autor são os títulos de crédito e a figura do seu subscritor. Os títulos de créditos (notadamente letras, livranças e cheques) subscritos pelo próprio devedor, não preenchem os requisitos mínimos aptos a classificá-los como garantias em seu sentido técnico. Não se diz o mesmo quando o título é subscrito por terceiro, nesse caso, o requisito do alargamento da massa dos bens disponíveis ao credor para a cobrança do débito torna-se evidente<sup>40</sup>.

---

<sup>37</sup> ROMANO MARTINEZ, *Op. cit.*, p. 251-252.

<sup>38</sup> JANUÁRIO GOMES, *Op. cit.*, pp. 79.

<sup>39</sup> *Idem*, pp. 79-81.

<sup>40</sup> *Ibidem*, *Op. cit.*, pp. 82-83.

Dentre os títulos de crédito citados por JANUÁRIO GOMES, aquele que entende mais se aproximar de uma garantia seria o *cheque visado*, em cujo instrumento a instituição financeira sacada insere uma menção, a pedido do emitente sacador, garantindo que o título possui provisão de fundos, dentro do prazo legal de apresentação. Sua previsão legal encontra-se no artigo 6º, do Anexo II, da Convenção Relativa aos Cheques.

É praxis na relação bancária o condicionamento do pedido de empréstimo (mútuo) com solicitação de entrega da *livrança em branco* com a assinatura de um ou mais avalistas, independentemente de serem garantes na relação principal. Logo, verificar-se-ia, nesta hipótese, uma garantia alargada para a instituição bancária, pois o título lhe terá sido entregue como uma garantia patrimonial para além do patrimônio do devedor.

Além disso, aduz o autor que é comum a utilização de cheques com finalidade de garantia, como ocorreria com o cheque *pós-datado* ou através de um cheque em branco, “acompanhado também de um pacto de preenchimento”. Isso porque, a *garantia* não repousa na solidez da instituição financeira, mas sim na facilitação da sua cobrança, assim como na coerção das consequências penais quanto à emissão de cheque sem a devida provisão de fundos para saldar o débito.

Menciona-se, ainda, a figura do *cartão de crédito*, cuja *garantia* estaria no fato de o adimplemento ser realizado por parte da instituição emissora do cartão, ainda que o titular não cumpra com o pagamento. Haveria, portanto, uma nítida garantia para o comerciante, haja vista que quem assume a responsabilidade perante este é a instituição emissora e não o comprador.

Tal premissa muitas vezes não é compartilhada por outros autores. ROMANO MARTINEZ cita como meio de garantia de pagamento a *compensação*<sup>41</sup>, uma vez que o credor, simultaneamente ao devedor, se apropria da prestação no caso de a outra parte não cumprir voluntariamente o crédito. “Seria, assim, garantia similar a garantia real, pois em sendo invocado tal instituto, não estaria o credor vinculado ao princípio da *par conditio creditorum*, recebendo o montante devido, sem concorrer com qualquer outro credor”. Não há,

---

<sup>41</sup> ROMANO MARTINEZ, *Op. cit.*, p. 253

entretanto, qualquer acréscimo de bens para a satisfação da dívida, mas apenas similitudes entre a figura do devedor e do credor.

Além dos institutos antes vistos, a doutrina destaca ainda a *assunção cumulativa de dívida*, cujo viés de garantia mostra-se mais nítido, para além de se aproximar, tal como a fiança, da figura da solidariedade passiva com função de garantia. Neste sentido, um terceiro assume conjuntamente com o devedor a responsabilidade pela solvência do débito, ou seja, outro patrimônio passa a estar à disposição para o adimplemento da dívida, melhor garantido-a. O referido instituto, por sua proximidade com o objeto do presente estudo, qual seja, a solidariedade passiva com função de garantia, terá um capítulo à parte que melhor discorrerá sobre as semelhanças e dissemelhanças entre as duas figuras (capítulo 4.3.3)<sup>42</sup>.

Na *ação de cumprimento de terceiro* haveria, de igual modo, uma garantia alargada para o credor, na medida em que a lei permite, em determinadas situações, que este demande diretamente o devedor do seu devedor, a exemplo do locador que pode demandar diretamente o sublocatário. ROMANO MARTINEZ inclui a ação de cumprimento de terceiro, também denominada ação direta, no capítulo das garantias indiretas e sustenta tal pensamento no fato de que o instituto evita, para o credor, a concorrência de débito com outros credores de seu devedor<sup>43</sup>.

O *mandato irrevogável* (ou procuração no exclusivo interesse do procurador), é um instrumento que serve de coerção do devedor ao cumprimento da avença. Por conta disso, entendem alguns que pode funcionar indiretamente como garantia, pois o mandatário fica com poderes para agir em nome do mandante, em benefício dele próprio, no intuito de prevenir algum descumprimento. Pode-se exemplificar o mandato irrevogável quando passado pelo promitente comprador para o promissário vendedor, quando aquele não puder celebrar a escritura definitiva, conferindo uma procuração irrevogável para o último.

---

<sup>42</sup> JANUÁRIO GOMES, *op. Cit.*, p. 105.

<sup>43</sup> ROMANO MARTINEZ, *Op. cit*, p. 261



Outro caso que a doutrina menciona como sendo de garantia imprópria é a *proposta irrevogável*, quando a recepção da proposta pelo destinatário de alguma declaração de negócio a torna eficaz e irrevogável. Encontra assento no artigo 230º do Código Civil<sup>44</sup>.

Entretanto, em ambos os casos: mandato irrevogável e proposta irrevogável, é de se observar, não há um aumento da massa patrimonial à disposição do credor, mas apenas um aumento na segurança do credor frente à busca pelo adimplemento do devedor.

Além disso, cita-se o *contrato de seguro*, quando estipulado em favor de terceiro, que poderia apresentar uma faceta indireta de garantia do cumprimento da obrigação principal entabulada. É o famoso *seguro contra terceiros*, celebrado por quem seja proprietário de veículo automotor ou também no contrato de empreitada.

Costumam ser mencionados, como exemplos de figuras que podem ter função indireta de garantia, por fim, o *crédito documentário*, destacado por ROMANO MARTINEZ, além de outros citados por JANUÁRIO GOMES, tais como: 1) o *reconhecimento de dívida* – exemplificado na hipótese do reconhecimento de uma dívida da sociedade-filha pela sociedade-mãe, no sentido de assegurar a obtenção de um suposto financiamento bancário; 2) *alienação em garantia*, pois aqui haveria um fim indireto de garantia, uma vez que o bem alienado permanece garantindo o negócio até a sua integral solvência 3) a *cessão em garantia*, em que o mecanismo é semelhante ao da alienação, desta diferindo em razão de não se tratar de um bem alienado, mas sim de um crédito. 4) a *promessa de aquisição de créditos* e 5) o *depósito “in escrow”*, modalidade em que as partes ficam seguras de que a instituição fiduciante restituirá ao depositante ou ao beneficiário o título depositado.

Como se observa, a tendência da doutrina é a de utilizar o termo *garantia* na sua aceção mais ampla e não na correta aceção técnico-jurídica da palavra, razão pela qual discordamos que várias destas figuras possam ser vistas como garantias indiretas, haja vista que em muitos destes casos não haverá o

---

<sup>44</sup> Artigo 230º do Código Civil: “Salvo declaração em contrário, a proposta de contrato é irrevogável depois de ser recebida pelo destinatário ou de ser dele conhecida. (...)”

alargamento da massa patrimonial à disposição do credor ou, como menciona JANUÁRIO GOMES o reforço quantitativo (alargamento) ou qualitativo (refinamento) que se espera das garantias, mas tão somente vislumbram-se mecanismos de segurança, proteção ou tutela do crédito, diversos da garantia.

Assim, apenas nos casos de haver nítido reforço na massa de bens que facilitem a cobrança da dívida, se poderá considerá-las efetivamente como exercendo função de garantia. De outro modo, não passará, a nosso sentir, de uma função compulsória e sancionatória, o que não é suficiente para alçá-la à espécie de garantia pessoal, a exemplo do que ocorre com a cláusula penal, mencionada por alguns como tendo função de garantia indireta, e que – na realidade – é uma figura protetiva do crédito e não funciona como garantia do seu pagamento.

De toda forma, concordantes ou não concordantes com todos os exemplos citados pela doutrina, o que infelizmente não teremos oportunidade de analisar com a minúcia desejada neste estudo, é inafastável a possibilidade de algumas figuras jurídicas atuarem com fim diverso daquele para o qual foram criadas, podendo exercer função de garantia, ainda que não estivesse tal finalidade na preocupação primária do legislador ao instituí-la.

A solidariedade passiva, objeto do presente estudo, ainda que não tenha sido criada com a função de garantia, ao servir de instrumento ao credor para cobrar a integralidade da dívida de qualquer dos devedores muito dela se aproxima.

Nos capítulos subsequentes veremos se a solidariedade passiva é um instrumento que dentre suas múltiplas funções, pode ser celebrada entre as partes com fins de garantia, ou se a solidariedade passiva é, ela própria, intrinsecamente uma garantia. Em outras palavras, o regime jurídico da solidariedade passiva é suficiente e autônomo para tê-la como garantia, ou, ao contrário, sua estipulação como garantia obriga ao uso de regras e institutos inerentes ao regime jurídico das garantias, mais especificamente ao normativo da sua figura-matriz (fiança)?

## 2.4 ANÁLISE DOS REQUISITOS DA GARANTIA PESSOAL E A SUPOSTA IMPERATIVIDADE DAS REGRAS DA FIGURA-MATRIZ (FIANÇA)

Já vimos que, para que se considere uma figura como garantia pessoal, são necessários alguns requisitos: a) o alargamento da massa de bens colocados à disposição do(s) credor(es), através da apresentação de um novo conjunto de bens como reforço ao pagamento da dívida; b) a existência de uma relação triangular, que pode ocorrer ou não no mesmo plano; c) a acessoriedade (?). O último desses requisitos, a nosso ver, apresenta-se como sendo o mais controverso e onde reside a dúvida a que nos propomos responder.

Em relação ao mesmo plano, já destacamos e nos parece estar claro que a subsidiariedade não é traço essencial/imperativo às garantias pessoais, tendo em vista a possibilidade que o próprio Código Civil concede de se exercer o benefício da excussão, ou seja, colocar os bens do fiador no mesmo plano e momento de execução que o devedor principal. É nesse sentido a preciosa lição do Professor Pestana de Vasconcelos<sup>45</sup>, para quem – ao discorrer sobre a subsidiariedade – afirma: *“Essa é uma característica meramente eventual da fiança civil (já não da fiança comercial) e consiste, em termos gerais, no facto de o fiador poder impedir a execução dos seus bens, enquanto o devedor tiver no seu património bens que possam ser executados”*.

No que tange ao aumento dos bens colocados à disposição do credor para a satisfação do crédito, tal atributo se mostra indispensável à caracterização das garantias pessoais. Como visto no capítulo infra, algumas figuras afins, que alegadamente se enquadrariam no campo das garantias especiais ou indiretas, não suprem esse tipo de exigência, ao apenas reforçar a posição do credor, sem – todavia – ampliar a massa patrimonial colocada à sua disposição. É o exemplo da compensação, da exceção do contrato não cumprido, dentre outros<sup>46</sup>.

Chegamos, então, ao último requisito – a acessoriedade - e a seguinte indagação surge: para que determinada figura seja considerada uma garantia

---

<sup>45</sup> PESTANA DE VASCONCELOS, L. Miguel. *Direito das Garantias*. Almedina, 2013, 2ª edição, p. 88.

<sup>46</sup> JANUÁRIO GOMES, *op. cit.*, pp. 78 e ss.

peçoal, será necessário/obrigatório que seja ela acessória em relação à obrigação principal?

A existência de figuras no direito português a que facilmente se designa por garantia pessoal, sem que, todavia, tenha o traço da acessoriedade nos obriga a responder de forma negativa.

A maior prova da desnecessidade do atributo da acessoriedade como requisito indispensável à garantia pessoal encontra-se na figura da garantia bancária autónoma.

A garantia bancária já foi definida como “uma fiança aplicada a casos em que o fiador é um banco”<sup>47</sup>. Hoje, entretanto, tal instituto ultrapassa a fiança no que diz respeito a tutela do credor por um principal motivo: a existência da acessoriedade na fiança e a inexistência da mesma quando se trata das garantias bancárias autónomas<sup>48</sup>.

ROMANO MARTINEZ define a garantia autónoma (para além da bancária, eis que seguradoras também podem assumir a posição de garante) como aquela que:

(...) implica a concessão eventual de um crédito equivalente ao montante garantido, mediante uma contrapartida (comissão). O garante recebe uma contraprestação para, na eventualidade de ocorrência de certos factos, pagar uma quantia a terceiro, constituindo-se credor do garantido por essa importância<sup>49</sup>.

Ao discorrer sobre a garantia bancária, FÁTIMA GOMES<sup>50</sup> ensina que:

Nos finais de 1.800 e, segundo se supõe pela primeira vez, RUDOLF STAMMLER faz uma distinção, no âmbito dos contratos de garantia, entre dois tipos diferentes, consoante o contrato de garantia estivesse ligado ao contrato principal (caso em que estaríamos perante uma garantia acessória) ou consoante fosse autónomo ou independente deste (caso em que estaríamos perante uma garantia autónoma), quebrando o laço de acessoriedade tradicionalmente mantido entre as garantias e as

<sup>47</sup> CUNHA, Paulo. *Da Garantia das Obrigações. Tomo II, Livraria Moraes, Lisboa, 1938-1939*. p. 80

<sup>48</sup> CORREIA, A. FERRER. *Notas para o estudo do contrato de garantia bancária*. Revista de Direito Comparado Luso-Brasileiro, VII, número 11, Rio de Janeiro, 1991, p. 5-6.

<sup>49</sup> ROMANO MARTINEZ, *Op. Cit.* p. 124-125

<sup>50</sup> GOMES, Fátima. *Garantia banária autónoma à primeira solicitação – Direito e Justiça*, vol. VIII, Tomo 2, 1994, p. 122.

relações contratuais em função das quais as garantias eram prestadas.

Daí surgem os denominados contratos autónomos de garantia e tal distinção já aparece na relação de motivos do Código Civil Alemão<sup>51</sup>.

Logo, apesar de se imaginar que as garantias pessoais fossem sempre acessórias, passou-se a admitir (ainda que no primeiro momento no âmbito meramente doutrinário e jurisprudencial) a existência de garantias desvinculadas da obrigação principal, ou seja, sem o traço da acessoriedade. O que as distingua, segundo FERRER CORREIA<sup>52</sup> é a vontade das partes expressa na garantia prestada, isto é, de se obrigar na mesma linha ou subsidiariamente ao devedor principal.

O mesmo autor adverte para o fato de que, muito embora o contrato de garantia seja uma “pura criação dos participantes na vida dos negócios”, a sua admissibilidade ou legitimidade não dependerá unicamente da liberdade de contratar, mas também da necessidade de não transgredir algum(ns) preceito(s) imperativo(s) do ordenamento jurídico ao qual está atrelada.

E logo esclarece que as garantias bancárias autónomas são aceites, já que se devem considerar como um negócio jurídico causal, que não abstrato, correspondendo-lhe um fim legalmente tipificado: precisamente o escopo de garantia. “É nele que reside a causa” do negócio. Não fora assim, e o contrato seria nulo, sem mais, em face do direito português, que só admite a categoria dos negócios abstratos em casos especiais (e ainda aí com fortes limitações)”<sup>53</sup>.

Assim, as garantias bancárias autónomas apesar de assemelharem-se à modalidade de fiança solidária (uma vez que ambos os contratos têm o escopo de garantia e a mesma natureza – garantia pessoal), não têm natureza acessória em relação à obrigação principal, traço este inafastável da fiança, ainda que solidária. FÁTIMA GOMES<sup>54</sup> explica que nas garantias bancárias autónomas, ao se permitir uma maior segurança nas suas relações, tornando inoponíveis as exceções

---

<sup>51</sup> *Idem*, p. 122 e ss.

<sup>52</sup> CORREIA, A. FERRER. Notas para o estudo do contrato de garantia bancaria. Revista de Direito Comparado Luso-Brasileiro, VII, número 11, Rio de Janeiro, 1991, p. 1 e ss.

<sup>53</sup> *Idem*, p. 4.

<sup>54</sup> FÁTIMA GOMES, *op. cit.*, pp. 122 e ss.

peçoais do devedor-principal ao credor, estas garantias passaram a ser alargadamente utilizadas na prática comercial internacional dos contratos.

As chamadas garantias bancárias autónomas e as garantias autónomas prestadas pelas companhias de seguros passaram a assegurar prestações desligadas da existência, validade ou possibilidade jurídica da obrigação do devedor-principal, tendo sido esse o primeiro passo de evolução da garantia acessória para a garantia autónoma, normalmente utilizada – naquela altura – em contratos de empreitada de obra pública, compra e venda, transferência de tecnologia, dentre outros.

Num segundo momento, com a inclusão da cláusula à primeira solicitação (*on first demand*), passou a ser permitido o pagamento com base em simples pedido, sem que fosse preciso demonstrar estarem preenchidos os requisitos determinantes da responsabilidade<sup>55</sup>, ou seja, sem os pressupostos de que o contrato principal – por exemplo - não era defeituoso.

Quando se trata de verificar tal requisito (autonomia) destas garantias, a análise deverá comportar a averiguação detalhada do seu grau, isto é, se estivermos diante de uma garantia bancária simples, dependerá a análise principalmente da vontade das partes a fim de se definir a existência de uma garantia simples, de uma fiança ou de um contrato realmente autónomo em relação à obrigação garantida<sup>56</sup>.

Nas garantias bancárias à primeira solicitação a dúvida deixa de existir, sendo nítida a ausência do traço da acessoriedade e, portanto, a sua natureza autónoma.

---

<sup>55</sup> JANUÁRIO GOMES. *op. cit.*, p. 70.

<sup>56</sup> “A concepção dicotómica, que estabelece franca e nítida dissociação entre fiança e garantia independente, tende a conquistar os espíritos. Nalguns países essa concepção tem já claro reflexo na terminologia adoptada, como na Alemanha (*Burgschaftvertrag* para a fiança e *Garantievertrag* para a garantia independente) e na Grã-Bretanha (*Contract of guarantee* para a fiança e *contract of indemnity* para a garantia independente – nomenclatura, aliás, com o seu quê de equívoco).

Na Itália, a tendência doutrinária e jurisprudencial era, até há pouco, para dar à garantia automática certa especificidade, mas sem a destacar inteiramente da fiança (*fidejussione*), e daí o chamar-se-lhe *fidejussione automática*...” in GALVÃO TELLES, Inocência, *Garantias Bancárias Autónomas*, O Direito, Ano 120º, 1988, III-IV (Julho-Dezembro), p. 285.

Outro exemplo é o aval que constitui, dentro de certos limites, uma obrigação autônoma “no sentido de que a sua validade não é afectada pela invalidade substancial da obrigação do avalizado (Lei Uniforme sobre Letras e Livranças, artigos 32º a 77º, e Lei Uniforme sobre Cheques, artigo 27º)”<sup>57</sup>.

Isso porque, o avalista está obrigado a pagar a letra, mesmo que a obrigação do avalizado seja nula ou anulada por algum vício de forma. Além disso, poderá valer-se de meios de defesa próprios. Logo, em certa medida, pode-se dizer que a obrigação do avalista apresenta-se autônoma (embora não totalmente) da obrigação avalizada.

A própria fiança, para GALVÃO TELLES<sup>58</sup>, pode ter excepcionalmente o traço da acessoriedade afastado. E exemplifica da seguinte forma:

A vende e entrega a B determinado imóvel, com espera do preço; C afiança a dívida de preço; B obtém a anulação da venda com fundamento em erro seu, conhecido de C; este é responsável, não pela dívida de preço, que desaparece, mas – ainda como fiador – pelo não cumprimento da obrigação de restituição do imóvel a A.

A fiança converte-se, nos termos expostos, numa fiança de conteúdo diferente, com a particularidade de não se tornar necessário provar o condicionalismo estabelecido na parte final do artigo 293º do Código Civil, visto se tratar de uma conversão decretada pela própria lei (conversão legal).

Assim se verifica que, mesmo que excepcionalmente, podem ocorrer hipóteses em que a fiança – figura matriz das obrigações pessoais e que tem como principal traço característico a acessoriedade – tenha afastada (ainda que aparente ou provisoriamente) esta característica distintiva.

Sem maiores delongas sobre o tema, que não é objeto central do nosso estudo, chegamos à conclusão de que é possível e totalmente admissível no nosso ordenamento jurídico atual a existência de garantias com autonomia em relação à obrigação garantida, isto é, que guardam independência das vicissitudes da relação que gera a dívida garantida.

Logo, podemos verificar que não constitui como requisito indispensável à garantia pessoal a existência de acessoriedade com a obrigação principal. Em

<sup>57</sup> GALVÃO TELLES, Inocência, *Op. Cit*, p. 277.

<sup>58</sup> *Idem*, p. 59.

outras palavras, haverá institutos que, qualificados como autônomos e não acessórios, não deixarão de se enquadrar como garantias pessoais ou que, mesmo não qualificados como garantias, poderão exercer esta função/finalidade em determinados negócios jurídicos.

Conclui-se, então, que a principal e insuperável característica que o instituto deve carregar consigo capaz de fazê-lo uma garantia pessoal é a ampliação, qualitativa ou quantitativa, da massa de bens à disposição do credor para a garantia da dívida, além da existência de relação triangular. Tanto o requisito da subsidiariedade, quanto o da acessoriedade, seja por expressa previsão legal, seja oriunda do princípio da liberdade contratual, não mais se apresentam como condição inafastável para a caracterização de determinado instituto como garantia pessoal.

## 2.5 O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE E OS CONTRATOS ATÍPICOS

É certo que, embora nos ordenamentos jurídicos modernos, a liberdade contratual encontre maiores limitações, continua a autonomia da vontade a ser elemento essencial à liberdade de contratar<sup>59</sup>. Dito princípio incide no âmbito das relações patrimoniais privadas, no qual a autorregulação é a base do sistema.

Isso porque, em conformidade com as suas opções subjetivas, estão as partes da relação obrigacional livres para eleger o modo, a forma, o conteúdo e as particularidades que pretendem que guiem os seus negócios, dotadas que são de liberdade para conduzirem-se de acordo com as suas escolhas, desde que, é claro, não interfiram nos direitos de terceiros.

---

<sup>59</sup> A liberdade contratual está prevista no Artigo 405º do Código Civil. E, ainda que não haja tutela constitucional expressa da autonomia da vontade – corolário da liberdade de contratar -, diversos outros dispositivos legais, bem como o espírito constitucional pátrio tutelam o princípio em exame, cf. PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 1982, p. 76 e ss.

PERDIGÃO, José de Azeredo. *O Princípio da Autonomia da Vontade e as Cláusulas Limitativas da Responsabilidade Civil*, Lisboa, 1947, p. 7. Naquela década, já apregoava o autor: “Na evolução da vida social, assistimos, progressivamente, à redução da área dentro da qual a vontade do indivíduo se pode manifestar livremente em ordem a produzir efeitos jurídicos. Essa redução de espaço reservado à autonomia da vontade é, em parte, consequência necessária, quer da intensificação das relações econômicas, quer do alargamento dos poderes do Estado em tudo que respeita à solução dos problemas nascidos da chamada questão social”.



Assim, no âmbito do princípio da liberdade contratual<sup>60</sup>, como manifestação da autonomia da vontade, estão compreendidas a liberdade positiva e negativa de contratar, a liberdade de escolher com quem contratar e o tipo de contrato que pretendem celebrar, aí incluída a liberdade de celebrar contratos típicos, conforme a disciplina legal, e também atípicos, determinando-se o conteúdo e os efeitos de tais pactos, desde que respeitadas as normas contratuais legalmente prescritas.

Contemporaneamente, no campo das relações privadas, apesar de haver uma relativização maior da sua atuação, em razão de questões de ordem pública, que nela influem, e da preservação de direito de terceiros, ainda vislumbra-se no campo dos contratos com bastante amplitude a liberdade de que gozam as partes para ditarem os termos de suas relações jurídicas.

Destaca VALVERDE TERRA que a autonomia negocial designa situações em que a autonomia se dirige à realização de negócios jurídicos, enquanto a autonomia contratual refere às hipóteses em que aquele poder se volta à realização de específico negócio jurídica bilateral<sup>61</sup>.

DIETER MEDICUS<sup>62</sup>, a respeito do tema, informa sobre a possibilidade de as partes criarem contratos obrigacionais que não se enquadrem perfeitamente com os tipos previstos em lei, podendo tais negócios reconduzir a um tipo legal ou representar uma combinação de vários tipos. Destaca o referido autor, ainda, a existência de contratos de garantia atípicos, em razão da necessidade de se atender a satisfação de novas necessidades apresentadas no mundo contemporâneo.

---

<sup>60</sup> ANTUNES VARELA, *op. cit.*, p. 231: "A liberdade contratual é um corolário da autonomia privada, concebida como o poder que os particulares têm de fixar, por si próprios (*auto...*), a disciplina (*nomos*) juridicamente vinculativa de seus interesses".

<sup>61</sup> TERRA, Aline de Miranda Valverde *in Autonomia Contratual: Da estrutura à função*. Arquivo Jurídico, Teresina/PI, v. 2, n. 2, 2015, ensina: "Posto isso, sujeita-se o ato de autonomia a dupla ordem de controle: o controle de licitude e o de merecimento de tutela. O primeiro avalia se o ato concreto contraria as normas imperativas e os bons costumes. O segundo analisa a idoneidade do ato concreto para a efetiva promoção de valores fundamentais do ordenamento jurídico. O merecimento de tutela se reconduz à análise de justificação do ato a partir dos seus efeitos, não à avaliação estrutural, seara do juízo de delictude. Cuida-se, em síntese, da verificação da coerência dos efeitos perseguidos pelo ato de autonomia com os valores supremos da ordem juridical (...)".

<sup>62</sup> DIETER MEDICUS, *op. cit.*, p. 386 e ss.

Em igual sentido, PEDRO PAIS VASCONCELOS afirma:

Num sentido restrito, a autonomia privada pressupõe um espaço de liberdade em que as pessoas comuns podem rever os seus interesses entre si, como entenderem, através da celebração de negócios jurídicos ou de contratos e do exercício de direitos subjectivos, sem terem de se sujeitar a diretrizes de terceiros. Este espaço não é absoluto e tem como limites os ditames da Lei e da Moral, e as limitações impostas pela Natureza. Dentro deste espaço, as pessoas têm liberdade de se auto-reger e de criar o direito.<sup>63</sup>

Dessa forma, entendemos que as partes, a princípio, são livres para convencionarem um desvio dos tipos legais, porque o campo do direito das obrigações é flexível, dinâmico e, em princípio, disponível, não conhecendo tipos fechados. É essa a característica mais marcante da distinção desses direitos em relação aos direitos reais, motivo pelo qual as garantias reais passam a ser pouco utilizadas nas dinâmicas relações econômicas, principalmente quando são partícipes instituições bancárias, como já tivemos oportunidade de adiantar.

Ainda a respeito do princípio em análise, o mesmo autor informa as principais funções da liberdade contratual: a) a simplificação (na medida em que simplifica e agiliza o tráfego jurídico obrigacional); b) a elasticidade (atende-se especificamente e especialmente às necessidades individuais de cada caso); c) conexão jurídica com a Constituição (é coerente com a imagem humana da Constituição e com o sistema econômico vigente); d) Liberdade Contratual e Estado Social (as situações de desequilíbrio são o risco, mas o desequilíbrio é relativo e seu conceito incerto).

A autonomia da vontade ou autonomia privada, portanto, advém do princípio geral da autodeterminação das pessoas, sendo a liberdade contratual, em grande parte, um reflexo da liberdade econômica, observadas, como parece lógico, as normas gerais legalmente prescritas.

É bem verdade, também, que a impossibilidade do legislador prever todas as situações que se vão determinar no campo concreto abre espaço para que os particulares se articulem, em havendo mútuo consentimento, daquela maneira que melhor atenda às suas necessidades específicas.

---

<sup>63</sup> PAIS VASCONCELOS, PEDRO. *Teoria Geral do Direito Civil*. 6. ed., Coimbra: Almedina, 2010, p. 15.

Todavia, inexistindo paridade contratual, muitas das vezes exige-se a intervenção estatal para proteger a parte mais fraca da relação, retomando o equilíbrio sócioeconômico desta. Tais considerações merecem especial atenção nas relações travadas sem a devida negociação ou quando apenas um dos contratantes, por seu poderio, dita os termos do contrato ao outro, como no caso das cláusulas contratuais gerais (contratos padrões/de adesão).

Ou seja, a lei de ordem pública – que fixa as bases jurídicas fundamentais do sistema – nunca poderá ser abandonada, sob pena de os contratos serem celebrados *contra legem*, contra a ordem pública e os bons costumes. Tais contratos serão nulos, como todo ato ilícito, não produzindo qualquer efeito<sup>64</sup>.

Não são, logicamente, destas hipóteses que estamos a tratar. No caso *paradigma*, presume-se que, embora inegavelmente seja a instituição financeira A detentora de maior poderio econômico, as partes contratantes tenham conhecimento e entendimento dos termos contratuais, isto é, C terá se vinculado à obrigação para garantir o cumprimento desta, mas o faz na qualidade de devedor principal e não acessório, estando ciente das consequências da sua vinculação. Ou melhor, atua plenamente a liberdade contratual entre as partes contratantes.

Com efeito, apenas no caso de comprovada alguma prática abusiva ou uma situação de desequilíbrio contratual extrema, se reclamará uma proteção do Estado, a fim de minimizar e relativizar o campo da livre atuação dos contratantes. Ao contrário, se isso não se demonstrar, estamos certos de que o melhor caminho ainda será respeitar as relações jurídicas estabelecidas com base nas vontades negociais de cada um dos contraentes.

Sobre o tema, discorre Ana Prata<sup>65</sup>, para quem:

Esta colocação do problema supõe, pois, a permanência da inatingibilidade do princípio da liberdade econômica e juridical: a intervenção estadual sobrevém *a posteriori* para limitar, dirigir, tutelar “a dinâmica do ordenamento privado”, isto é, para

---

<sup>64</sup> FRANÇA, Pedro Arruda. *Contratos Atípicos* – Legislação, Doutrina e Jurisprudência, 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 24.

<sup>65</sup> PRATA, Ana. *op. cit.*, p. 37.

circunscrever a dimensão do território do direito privado – isto é, não lhe alterando minimamente a natureza essencial de conteúdo.

Limitações de ordem objetiva ao conteúdo contratual, portanto, sempre existirão<sup>66</sup>, ainda que respeitado o subjetivismo jurídico, devendo ser observadas, tais como as leis que interessem à ordem pública e aos bons costumes. Mas aqui, no âmbito das relações patrimoniais privadas, o espaço deixado ao livre jogo das vontades das partes ganha muito maior relevo, donde se conclui que o Estado deverá intervir, apenas, posteriormente e em caso de necessidade.

Por isso, no campo das obrigações – o que ora nos interessa –, sublinhe-se que, em se tratando de direitos relativos, podem, em princípio, constituir-se livremente as obrigações que quiserem e desejarem as partes, e não só as que a lei especialmente regula. Dessa forma, as garantias pessoais atípicas devem ser admitidas em nosso ordenamento jurídico, porque em relação ao direito das obrigações e às garantias não há nenhum *numerus clausus* nem nunca houve<sup>67</sup>. Também, e na mesma linha de raciocínio, será possível utilizar figuras já existentes com função diversa, ou seja e ao que nos interessa especificamente, com a função de garantir o cumprimento de determinada obrigação.

Um termo que muito nos agrada, utilizado por JANUÁRIO GOMES é o de “refinar” o regime legal, o que quer significar um desenvolvimento apurado da utilização do *regime base da lei*<sup>68</sup>, criando – consoante a vontade das partes – novas possibilidades de utilização daquele determinado regime jurídico.

Assim entendido o princípio em análise, acreditamos ser possível aos contratantes, além de criarem novos contratos não tipificados em lei, aproveitarem-se de tipos já existentes, modificando-lhes os contornos para que melhor se amoldem às suas necessidades práticas ou, ainda, por meio de interpretação extensiva, buscar uma função não usual àquela figura jurídica, mas

---

<sup>66</sup> ANTUNES VARELA, *op. cit.*, p. 27: “A intervenção dos poderes públicos na disciplina das relações do direito privado e a consequente limitação da autonomia privada assumiram durante algum tempo nas legislações modernas, com o acentuado declínio do liberalismo econômico, uma expressão bastante significativa”.

<sup>67</sup> JANUÁRIO GOMES, *op. cit.*, p. 77, nota 294, informa que mesmo no direito romano onde ao longo dos séculos evoluíram a *sponsio*, o seu *alter ego* para os *peregrini* constituído pela *fideipromissio* e, mais tarde, a *fideiussio*, a hipótese de uma tipicidade é afastada pelos autores.

<sup>68</sup> *Idem*, *op. cit.*, p. 38.

que tenha correspondência prática na legislação.

Mas qual o traço diferenciador dos contratos típicos daquelas formas atípicas contratuais ou contratos ditos inominados<sup>69</sup>?

Ensina-nos Pedro Pais Vasconcelos, ao discorrer sobre a correspondência e a ordenação ao tipo, que

[...]o juízo secundário permite apenas decidir sobre a correspondência ao tipo, isto é, se o negócio a qualificar corresponde, ou não ao tipo em questão. O juízo primário permite a ordenação no tipo, isto é, o discernimento da colocação do negócio a qualificar no seio do tipo, se for típico, ou a sua localização em relação ao tipo, se for atípico.

Para o doutrinador, o juízo secundário não fornece toda a informação necessária para saber se determinado negócio jurídico subsume-se com exatidão ao tipo legal. Será o juízo primário que permitirá discernir o modo como o são e, consequentemente, se permite a aplicação plena do modelo regulativo típico. Adverte, entretanto, que é preciso distinguir se a diferença em relação ao tipo é muito relevante ou pouco, e quais as semelhanças e dissemelhanças.

O mesmo professor, na sua conhecida tese sobre Contratos Atípicos,<sup>70</sup> informa que os contratantes já estavam autorizados, pelo disposto no artigo 405º do Código Civil, a contratar fora dos limites dos tipos contratuais legais. Prossegue afirmando que, na maioria dos casos, os “contratos em concreto, celebrados não teriam mais do que semelhanças com os tipos legais e, em consequência, a respectiva disciplina só lhe seria aplicável indirectamente, por analogia”.

Pedro Arruda França explica que a atipicidade pode resultar da mistura dos contratos, um deles tipificado em lei e o outro não; da total ausência de previsão legal (hipóteses mais raras) e, ainda, da mistura de dois contratos

---

<sup>69</sup> “Já está consagrado na doutrina que entre os romanos, até a época de Justiniano, não era acolhida a forma contratual atípica, pois somente os contratos previstos em lei, ou no Direito Quiritário, mereciam sacramentação e apreciação legal. Imperava o formalismo, conforme já acentuado, e daí os tipos clássicos dos contratos que eram nominados ou inominados, estes surgidos em consequência do abrandamento do direito dos *Quirites*, segundo pesquisas feitas no *Digesto (Digestum Vetus)*, no entender de Albert Salivas e Amedee Bellam”. in FRANÇA, Pedro Arruda, *op. cit.*, p. 47.

<sup>70</sup> VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos Atípicos*. Coleção teses, Almedina, Coimbra, 1995, p. 17.

tipificados (regulamentados) que gera um novo tipo contratual distinto daqueles que o origina<sup>71</sup>.

Para tanto, a doutrina dos contratos atípicos procura identificar os seus elementos (partes contratantes, objeto, forma) e a sua classificação (se o contrato é consensual, sinalagmático, comutativo, oneroso ou gratuito, dentre outros) para verificar, no caso concreto, a subsunção daquele determinado contrato ou negócio jurídico ao tipo legal.

São variados os exemplos que encontramos na doutrina e na jurisprudência de contratos atípicos. Logo, a sua aplicabilidade prática é plenamente aceita<sup>72</sup>.

Como já tivemos oportunidade de salientar, não somos dados a classificações sem sentido prático e nomenclaturas ilimitadas mas, antes, à aplicabilidade prática dos institutos jurídicos. Desta forma, e voltando ao caso *paradigma* que nos propusemos a analisar, podemos já adiantar o seguinte:

Quanto aos elementos: permanece a relação triangular entre *A*, *B* e *C*, sendo *B* e *C* devedores em igualdades de condições frente ao credor comum *A*. Assim é que as partes contratantes permanecem as mesmas seja na solidariedade passiva típica, seja na solidariedade passiva quando convencionada com função de garantia.

Além disso, o objeto será idêntico e a forma adotada também. O regresso poderá ou não existir, a depender de quem seja demandado ao

---

<sup>71</sup> FRANÇA, Pedro Arruda, *op. cit.*, p. 68. Explica, também, que há quem faça distinção entre os contratos mistos e os contratos atípicos, admitindo o termo contrato atípico apenas para os casos propriamente inominados, isto é, aqueles que não encontram qualquer correspondência na lei. Prevalece, no entanto, o entendimento no sentido de que a atipicidade dos contratos mistos – segundo o Prof. Orlando Gomes: “compõem-se de prestações típicas de outros contratos, ou de elementos mais simples, combinadas pelas partes. A conexão econômica entre as diversas prestações forma, por subordinação ou coordenação, nova unidade”. Portanto, o contrato será classificado como inominado quando seu conteúdo for completamente estranho aos tipos legais ou quando alguns elementos são estranhos aos tipos legais, mas as funções prevalentes são legais, enquanto os contratos mistos teriam todos os seus elementos conhecidos na lei, ainda que coordenados ou subordinados entre si.

<sup>72</sup> Segundo o professor DUARTE, Rui Pinto “É unanimemente admitida, nas Doutrinas portuguesa e dos países cujos direitos privados mais influenciam o nosso, a possibilidade de celebração dos chamados contratos inominados ou atípicos, ou seja, de contratos não reconduzíveis às espécies de contratos que a lei regula” in *Tipicidade e Atipicidade dos Contratos*, Coleção Teses, Almedina, 2000, p. 17.

pagamento da integralidade do valor. Se for o devedor *real*, não haverá regresso. Se for o devedor-garante, haverá regresso integral.

A nosso sentir, de novo e agora na esteira dos ensinamentos do ilustre Professor Pais Vasconcelos<sup>73</sup>, a dissemelhança existente entre uma e outra forma de solidariedade não torna a segunda (solidariedade com função de garantia) uma forma atípica ou inominada. Aproveitando-nos, ainda, das lições de JANUÁRIO GOMES, haverá apenas – conforme nossa concepção - um *refinamento* no modelo típico operacional previsto na lei, ampliando a sua aplicabilidade prática e permitindo-se abarcar outras hipóteses de ocorrência desta modalidade de obrigação plural<sup>74</sup>.

---

<sup>73</sup> PAIS VASCONCELOS, *op. cit.*, p. 542.

<sup>74</sup> JANUÁRIO GOMES, *op. cit.*, p. 38.

### 3. A SOLIDARIEDADE PASSIVA NO DIREITO DAS OBRIGAÇÕES

#### 3.1 ORIGEM HISTÓRICA DA SOLIDARIEDADE PASSIVA E O SEU TRATAMENTO EM OUTROS ORDENAMENTOS JURÍDICOS

O autor espanhol Alberto Ballarin Marcial nos dá conta de que as obrigações solidárias, já no nascedouro, representavam um meio de reforçar a solvência do devedor *“adonsándole la de otras personas, de acuerdo com el eterno deseo de los acreedores, que siempre han sabido aprovechar en su beneficio los sentimientos de parentesco o amistad”*<sup>75</sup>.

É bem verdade que o instituto da solidariedade passiva, no período do Direito Romano, era confundido com a garantia pessoal (notadamente a fiança), já que ambas tinham como principal efeito a responsabilidade de duas ou mais pessoas sobre uma mesma obrigação.

Tal confusão, como explica GARRIDO, acabava por gerar consequências bem relevantes. Dentre os efeitos da aproximação descuidada entre os institutos, destaca-se o fato de ambos os institutos serem reduzidos a uma mera pluralidade de devedores, cada um com a obrigação de efetuar o pagamento do todo, sendo as diferenças no campo do direito de regresso explicadas pela relação contratual que regia os co-devedores (mandato, sociedade, gestão de negócio, etc.) e não pela própria solidariedade passiva ou a fiança. Outro se refere à definição da fiança como a adição de um novo devedor na relação jurídica criando uma identidade entre o devedor principal e o fiador; dentre outros efeitos da aproximação descuidada entre os institutos. A equiparação entre a garantia pessoal e a solidariedade passiva, entretanto, pouco ou nada acrescenta aos estudos do Direito Civil.<sup>76</sup>

<sup>75</sup> BALLARIN MARCIAL, Alberto. *El Sistema Español en Materia de Obligaciones Solidarias: estudio de Derecho Comparado*, In Revista Internacional del notariado, Buenos Aires, 1º Trimestre, 1959, p. 17.

<sup>76</sup> GARRIDO, Tomás Rubio. *Fianza solidaria, solidariedade de deudores y confianza. En el Código Civil y nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Colección Estudios de Derecho Privado. Editorial Comares. 2002, p. 6-7 e pp. 11-12.



A evolução dos estudos e o desenvolvimento da fiança romana, ocorrida no período Justiniano, acabaram por, cada vez mais, distanciá-la da solidariedade passiva. Foi nesse tempo que a fiança passou a adquirir o que, até hoje, é a sua característica mais marcante e imprescindível: a acessoriedade<sup>77</sup>.

Tal característica incontornável começou a ser delineada a partir da atuação de juízes romanos ao assegurar ao fiador, através da *exemptio doli*, se opor ao credor utilizando-se de meios de defesa próprios do devedor principal. O exemplo levantado por GARRIDO é a possibilidade de o fiador arguir eventual existência de compensação entre as figuras principais da obrigação, o que libertaria o fiador do dever de assegurar o pagamento da dívida. A *exemptio doli* não poderia, entretanto, ser arguida pelos co-devedores solidários<sup>78</sup>.

Relembra-nos o civilista António Sequeira Ribeiro que no direito Romano das obrigações, a figura do “*adpromissio*” tinha por característica a sua acessoriedade em relação à obrigação principal, o que poderia sugerir uma diferença entre a solidariedade nas obrigações e a modalidade de solidariedade como forma de garantia<sup>79</sup>.

Com efeito, pode-se falar que as primeiras figuras da garantia pessoal das obrigações chamavam-se *sponsio* para os cidadãos e *fidepromissio* para os peregrinos. No entanto, foram verificados alguns inconvenientes dessas duas figuras, principalmente a impossibilidade de o credor de exigir, em caso de pluralidade de devedores, de um deles a totalidade da dívida, sendo obrigado a dividir entre eles o valor do débito.

Por conta de tais inconvenientes, foi introduzida uma nova forma de garantia pessoal – a *fideiussio*, que garantia todo o débito e poderia ser transmitida aos herdeiros do *fideiussor* e que não se oneraria do débito após o transcurso de dois anos. Ademais, no caso de pluralidade, poderia o credor se

---

<sup>77</sup> MARTINEZ, Pedro Romano e PONTE, Pedro Fuzeta da. *Garantias de Cumprimento op. cit.* p. 87

<sup>78</sup> GARRIDO, Tomás Rubio. *op. cit.* p. 13

<sup>79</sup> RIBEIRO, António Sequeira. *Garantia Bancária Automática à Primeira Solicitação: algumas questões*, p. 310.

voltar contra qualquer dos co-devedores e lhe exigir a totalidade de seu crédito, primeiro passo para as garantias evoluírem até o quadro hoje existente<sup>80</sup>.

A distinção cada vez maior entre os institutos – solidariedade e garantia pessoal - acabou por ser fruto de uma maior acuidade jurídica, bem como produziu consequência direta das demandas cada vez maiores da sociedade romana por estabilidade e segurança jurídica, elevou a importância atribuída às garantias dos contratos. Ainda hoje, contudo, alguns suscitam dúvidas sobre a solidariedade passiva como forma de garantia e a sua autonomia frente ao instituto da fiança e similares, matéria esta que adiante será tratada com maior presteza.

Nos tempos medievais, por não existir regulamentação expressa quanto à solidariedade passiva, esta teria tido vigor por intermédio de aplicação subsidiária do direito romano, já que tal ordenamento jurídico funcionava, à época, como fonte subsidiária do Direito, de modo que pouco ou nada alterou os estudos e os resultados dos institutos.

Nas Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas já há referência direta à solidariedade passiva, dado que nas duas primeiras há menção a “obrigação em sólido”, ao passo que na última existe referência à obrigação *in solidum*. Há, ainda, previsão nas ordenações Afonsinas sobre a utilização do Direito Romano como direito subsidiário.

Já à época liberal, a solidariedade não se presumia, mas advinha de contrato, de testamento ou da lei. Coelho da Rocha, em sua clássica obra “*Instituições de Direito Civil Portuguez*”<sup>81</sup> aborda as obrigações solidárias no campo das obrigações do sujeito. O autor português distingue as obrigações em solidárias (*in solidum*) das obrigações *por parte*.

A primeira classificação se caracterizava pelo fato de a dívida ser devida na sua totalidade por cada um dos vários devedores e que o pagamento de um libera todos os outros, ao passo que na segunda classificação formulada, a dívida não pode ser cobrada em sua integralidade de qualquer devedor, e sim na

---

<sup>80</sup> CARNEIRO PACHECO, Antonio Faria. Dos Privilégios Creditórios. 2º edição. Coimbra, 1914, pp. 18 e ss.

<sup>81</sup> COELHO DA ROCHA in “*Instituições de direito civil portuguez*”, 2ª edição, Tomo I, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1848, pp. 78 e ss.

proporção de sua quota-parte. O uso, pelo doutrinador, da expressão *totalidade* para definir as obrigações solidárias não se deu por acaso. Sua origem é a expressão latina *in solidum*, muito frequente no Direito Romano<sup>82</sup>.

Foi, entretanto, somente no tempo das Codificações que o aspecto da subsidiariedade da fiança e o benefício da excussão foram mais desenvolvidos. Se antes a subsidiariedade era entendida como um privilégio (daí o termo, até hoje presente, do “*benefício*” da excussão), foi nos tempos da Codificação, em especial a francesa, que tal característica passou a ser inerente ao instituto. Com isso, ganhou força a ideia de que o fiador era um devedor condicionado a evento incerto, qual seja a insolvência (parcial ou total) do devedor principal.

Foi dado, porém, um passo adiante. Após alguma polêmica interpretativa e doutrinária<sup>83</sup>, foi admitido ao fiador, desde que feito de forma expressa, a renúncia ao benefício da excussão, fazendo com que a doutrina à época, distinguisse o co-devedor subsidiário (com o benefício) e o co-devedor solidário (sem o benefício), sendo a segunda classificação próxima à solidariedade passiva em garantia.

Assim, a característica que melhor descreve a fiança e a distingue de outros institutos do Direito Civil passa a ser a acessoriedade e não propriamente a subsidiariedade, uma vez que esta última característica pode ser renunciada pelo fiador.

Em Portugal, após as ordenações acima mencionadas, o Código Civil de 1867 (Código de Seabra) consagrou com mais minúcia o instituto da solidariedade passiva. A referida lei, em seus artigos 752º a 757º, manteve o entendimento das épocas liberais de que a solidariedade não se presumia, mas antes deveria ser contratada ou prevista em lei.

A despeito de suas imperfeições, sendo a mais conhecida delas o emprego do plural no artigo 752º<sup>84</sup>, o que, se interpretado literalmente, acarretaria

---

<sup>82</sup> COELHO DA ROCHA, *Op. Cit.*, pp. 78-80

<sup>83</sup> GARRIDO, Tomás Rubio. *Op. Cit.* p. 33

<sup>84</sup> Artigo 752º do Código de Seabra: “O credor de uma prestação, a que são obrigados solidariamente vários devedores, pode exigi-la de todos conjuntamente ou só de alguns delles, sem que o demandado possa implorar o benefício da divisão”. (Sublinhamos)

na impossibilidade de o credor acionar apenas um dos devedores para cobrar a integralidade da dívida (o texto contém a expressão “alguns”, quando queria dizer “algum”), o Código de Seabra tratou da matéria da solidariedade passiva em consonância com os demais Códigos de então (*Code Civil* da França de 1804 e o *Código Civile* italiano de 1865).

A solidariedade passiva na atual legislação estrangeira tem como principal distinção a existência ou não de presunção legal.

No Código Civil Alemão vige o princípio da presunção da solidariedade quando a dívida é factível de ser divisível. O artigo 427 do BGB assim estabelece:

se várias pessoas, mediante contrato, se obrigam conjuntamente a uma prestação divisível, na dúvida, serão entendidas como devedores solidários”, em outras palavras, caso as partes não o digam expressamente o contrário, a dívida sobre prestação divisível é solidária entre os devedores<sup>85</sup>.

O Código italiano, na mesma esteira, estipula como regra a solidariedade, seja ela ativa ou passiva, conforme a leitura do seu artigo 1.294: “*os co-devedores serão tomados como solidários, se na lei ou no título não resultar o contrário*”. Quando a prestação é indivisível não há como afastar a solidariedade entre os co-devedores (art. 1.317).

Já o Código Civil Francês, a exemplo do Português, tem como princípio a não presunção da solidariedade ao fixar que a solidariedade deve ser expressamente estipulada ou mediante existência de lei nesse sentido (art. 1.202).

Tal entendimento também é perfilhado no Código Civil Brasileiro de 2002, que define que a solidariedade não se presume, mas decorre da vontade das partes ou da lei (artº 275 e ss).

---

<sup>85</sup> Lezcano, Ignacio Díaz de. *La no presunción de solidaridad en las obligaciones – Estudio en torno a la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Marcial Pons Ediciones Jurídicas Y Sociales, S.A., Madri, 1997 p. 26.

A disposição legal do atual Código Civil Português acerca da solidariedade passiva, notadamente o artigo 512º, bem como sua utilização na forma de garantia serão tratadas em capítulo à parte.

### 3.2 A SOLIDARIEDADE PASSIVA E O SEU REGIME JURÍDICO USUAL

Antes de adentrarmos no estudo da *solidariedade passiva com função de garantia*, convém destacar alguns aspectos de relevo do funcionamento da solidariedade passiva na forma que mais comumente se verifica na prática.

O primeiro ponto a destacar é o de que a solidariedade só existe quando resulte da lei ou da vontade das partes (artigo 513º), não se presumindo. Tal previsão existe tanto no sistema jurídico em vigor, quanto na maior parte dos ordenamentos jurídicos atuais<sup>86</sup>, como acabamos de referir no item acima.

Ignácio Días Lezcano<sup>87</sup>, a respeito de a solidariedade passiva ser exceção e não regra, admite que o princípio da não presunção atravessa uma crise, já que há casos nos quais, segundo o autor, dever-se-ia presumir a vontade das partes, tal qual permite o artigo 217º do Código Civil Português e, ainda, que o próprio juiz pode determiná-la no caso de ser urgente a prestação<sup>88</sup>.

A sugestão do referido doutrinador resolveria, de fato, uma série de problemas em questões envolvendo tutelas jurisdicionais de maior urgência, mas – e não podemos esquecer disso – acabaria por gerar uma insegurança jurídica enorme. Justamente por ser a solidariedade passiva uma forma de cobrança muito mais gravosa ao devedor, o sistema prefere tê-la como exceção.

---

<sup>86</sup> São exceções, o Código Civil Alemão e Italiano, e também a regra contida no Código Comercial Português.

<sup>87</sup> LEZCANO, Ignácio Días. *Monografías Jurídicas - La no Presunción de Solidariedade en Las Obligaciones*, Estudio en torno de la jurisprudência del Tribunal Supremo, editora Marcial Pons, Madrid, 1977, p. 47.

<sup>88</sup> *Idem*, p. 47. Ao discorrer sobre a pluralidade de pessoas sobre as quais deve recair a prestação de alimentos, por exemplo, LEZCANO aduz que, em caráter excepcional, o juiz pode obrigar que apenas um dos obrigados pelos alimentos pague a prestação integral – solidária – apesar de a dívida alimentícia não ser prevista no Código Civil nem como solidária nem como divisível. Diz: “*Sin embargo, a pesar de todo lo hasta aqui expuesto en la relación al carácter no solidário de la obligación de alimentos, la jurisprudência de nuestro Tribunal Supremo há establecido una interpretación correctora del art. 145 del Código Civil al considerarlo una manifestación de solidaridad legal no expresa.*”

Para além da disposição de que a solidariedade não se presume, o artigo que dela trata (512º) aduz que a obrigação considera-se solidária quando cada um dos devedores responde pela prestação integral e esta a todos libera, ou quando cada um dos credores tem a faculdade de exigir, por si só, a prestação integral e esta libera o devedor para com todos eles. Em havendo pagamento parcial, os demais co-devedores continuam obrigados solidariamente pelo valor remanescente.

Por dever de prestação integral, entende-se que os co-devedores estão igualmente obrigados por toda a prestação perante o credor comum, ainda que sua quota parte, na relação interna, seja menor em relação aos demais co-devedores. O efeito extintivo recíproco quer significar que, ao adimplir a obrigação, seja qual for o devedor que a tenha feito, todos os demais co-devedores solidários estarão liberados perante o credor, porque satisfeito estará o *interesse* deste (elemento que destacamos alhures). É esse traço que a distingue das obrigações cumulativas.

São essas as principais características, que alguns chamam notas da solidariedade passiva, e porque são essenciais para a individualização do instituto, integram os muitos ordenamentos jurídicos que se ocupam da matéria<sup>89</sup>.

Para além dessas características, tem-se procurado estabelecer como requisito essencial para a configuração da solidariedade passiva, a par do dever de prestação integral e o efeito extintivo recíproco ou comum, ora a identidade de

---

<sup>89</sup> No estudo do Direito comparado, verifica-se que outros códigos, ao introduzirem o tratamento das obrigações solidárias passivas, optaram por defini-las. No art. 1.200 do Código Civil Francês diz-se que "*il y a solidarité de la part des débiteurs, lorsqu'ils sont obligés à une même chose de manière que chacun puisse être contraint pour la totalité, et que le paiement fait par un seul libère les autres envers le créancier*". O Código Civil Italiano preconiza, na primeira parte de seu art. 1.292, que "*l'obbligazione è in solido quando più debitori sono obbligati tutti per la medesima prestazione, in modo che ciascuno può essere costretto all'adempimento per la totalità e l'adempimento da parte di uno libera gli altri*". Na Alemanha, o Código Civil (BGB), através de seu § 421, prescreve as normas aplicáveis ao devedor solidário. Diz o citado dispositivo que se vários ajustam uma prestação de forma que cada um esteja obrigado a efetuar a prestação total, mas ao credor seja permitido reclamar a prestação somente uma vez, o credor, com base em sua discricção, pode reclamar de qualquer dos devedores, a prestação na sua totalidade ou em uma parte. Até a efetuação da prestação permanecem obrigados todos os devedores, complementa o § 421 do BGB.

prestação; ora a identidade de causa ou fonte de obrigação; ora, ainda, a comunhão de fim, tal como referido por Dieter Medicus<sup>90</sup>.

Quanto à identidade de prestação, diverge a doutrina<sup>91</sup> se as obrigações em análise possuem variabilidade no modo de ser, isto é, se a obrigação pode ser diversa para os co-devedores ou, ainda, ser condicional, modal ou a termo para um dos co-devedores e pura e simples para os demais. Igualmente, se os devedores poderiam estar obrigados com diversas garantias.

Assim, encontra-se alguma dificuldade quanto à melhor interpretação dos n.ºs. 1 e 2 do artigo 512º do Código Civil, que dispõe que a obrigação não deixa de ser solidária pelo fato de o conteúdo das obrigações de cada um dos co-devedores ser diverso ou de estarem estes obrigados em termos diversos ou com diversas garantias.

Isso porque, há quem afirme que, embora a lei informe que o conteúdo das obrigações pode ser diverso, restaria claro que na relação com o credor (relação externa) seria a prestação idêntica. Isto é, a diversidade aludida no n.º 2 não prejudicaria a substância da prestação, já que as partes serão solidárias naquilo que lhes for comum perante o credor, desde que atendido o *interesse* deste.

Dessa forma, entende esta corrente que a identidade recairia sobre a parte da prestação que pode ser exigida de qualquer dos devedores (ANTUNES

---

<sup>90</sup> DIETER MEDICUS, *op. cit.*, p. 386 e ss.

<sup>91</sup> Para MOREIRA, Guilherme Alves. *Instituições do Direito Civil Português*, v. II. Coimbra, 1911, p. 36: “A obrigação solidária não se fracciona, portanto, em tantas obrigações autónomas, quantos são os credores e os devedores; essa obrigação forma, sob certos aspectos, em virtude de relações especiaes que ficam existindo entre os credores e o devedor, ou entre os devedores e o credor, uma obrigação única, não dependendo esta unidade da obrigação da indivisibilidade da prestação em virtude da própria natureza do objecto, mas resultando da vontade das partes ou de disposição da lei, pelas relações especiaes que assim se estabelecem”.

Na doutrina estrangeira, POTHIER sustenta a impossibilidade de estabelecerem-se, para os co-devedores solidários, prestações de natureza diferente. Para ele, é imprescindível que os devedores hajam se obrigado à prestação de uma mesma coisa. Do contrário, não se tratará de solidariedade, mas sim de duas obrigações segundo as quais duas pessoas se obrigam para com outra por diferentes coisas (POTHIER, Robert Joseph. *Tratado de las obligaciones*. Trad. espanhola. Buenos Aires: Heliasta, 1993, p. 343).

VARELA). Em sentido contrário, posiciona-se VAZ SERRA<sup>92</sup>, para quem o conteúdo da prestação para cada um dos co-devedores solidários poder-se-ia apresentar totalmente diverso (*A* deve um carro e *B* uma moto, extinguindo-se a obrigação dos co-devedores com a entrega de qualquer deles), seguido por JANUÁRIO<sup>93</sup>, que entende que a identidade se refere à satisfação do interesse do credor, alargando o conceito ao extremo.

É preciso, contudo, ter alguma cautela para não confundir as obrigações solidárias com as outras espécies de obrigações plurais. Para ANTUNES VARELA, a hipótese acima indicada (moto ou carro) retrataria um exemplo típico de obrigação alternativa, e a aplicação dos dispositivos referentes à solidariedade passiva poderia se dar apenas por analogia. Entende VARELA que a identidade de prestação pode ser considerada sim requisito da solidariedade passiva, visto só haver solidariedade relativamente à prestação pela qual responde qualquer dos devedores<sup>94</sup>.

Sem nos estendermos em demasia no assunto relativo à identidade de prestação, que há muito é acalorado na doutrina e já rendeu discussões sem fim, a sua importância prática está no fato de ser ele um fator aglutinador das várias obrigações identificáveis numa situação de solidariedade<sup>95</sup>.

Outra discussão diz respeito à unicidade ou pluralidade de vínculos, sendo aceita majoritariamente na doutrina portuguesa a segunda corrente. São elucidativos os apontamentos de RUBIO GARRIDO<sup>96</sup> entre a confrontação destas

---

<sup>92</sup> VAZ SERRA, *op. cit.*, pp. 7 e ss.

<sup>93</sup> JANUÁRIO GOMES, Manuel da Costa. *op. cit.*, p. 190/191. Permita-nos destacar a seguinte passagem: “A justeza desta perspectiva é claramente demonstrada, por exemplo, no pensamento de LARENZ, que evoluiu da exigência de uma identidade corpórea, em que as obrigações dos devedores deveriam ser iguais no seu conteúdo (*inhaltsgleich*), para uma espiritualização (*Vergeistigung*) do critério de identidade da prestação, opinando agora que a prestação é idêntica quando todos os devedores estão vinculados à satisfação do mesmo interesse do credor na prestação (*dasselbe Leistungsinteresse des Glaubigers*). Parece-nos ser este, efetivamente, o critério mais adequado à caracterização da solidariedade, atenta a existência duma pluralidade de vínculos, a existência de uma pluralidade de acções de prestação e o facto de o art. 512/2 ser inequívoco no sentido de poder ser diverso o conteúdo das prestações de cada devedor solidário e no sentido de os devedores poderem estar obrigados em termos diversos.”

<sup>94</sup> ANTUNES VARELA, *op. cit.*, p. 759.

<sup>95</sup> JANUÁRIO GOMES, *op. cit.*, p. 189.

<sup>96</sup> RUBIO GARRIDO. *op. cit.*, p. 111.



teorias, ao considerar que os adeptos da teoria da unicidade terão de recorrer a expedientes variados para lograr resultados práticos, tais como unificar a *posteriori* as obrigações múltiplas mediante a submissão a um fim comum; fabricar uma “super” causa que seja comum a todas as distintas obrigações solidárias; conectar as distintas obrigações mediante uma relação subjacente alheia à solidariedade, tentativas de explicar a natureza jurídica do instituto (representação, gestão de negócios, sociedade, fiança, etc<sup>97</sup>).

A discussão acerca da natureza jurídica da obrigação solidária, cuja doutrina que predomina é a de haver mútua representação, e as incontáveis classificações teóricas que a tentam explicar, devem servir para o propósito de melhor aprofundamento de determinado instituto jurídico e não para o mero avolumar de teorias para satisfação de pretensões e ambições acadêmicas<sup>98</sup>.

---

<sup>97</sup> A discussão sobre a natureza jurídica da solidariedade passiva, segundo ALONSO, José Ricardo Leon. *La Categoría de La Obligación in solidum*. Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, número 35, 1978. pp. 34-37, se manifesta, de forma contundente, “la nefasta secuela da jurisprudencia de conceptos”. São, em poucas palavras, as múltiplas naturezas jurídicas levantadas pela doutrina sobre a solidariedade passiva:

- a) A discussão, segundo o autor espanhol, tem início na definição da solidariedade como unidade ou pluralidade de obrigações. Os que defendem a solidariedade como uma unidade de obrigações, como adiantado, acabam por ter de distinguir os sujeitos e as relações subjetivas, o objeto e obrigação propriamente dita, o que, por fim, não responde de modo objetivo o tema a que se propõe. Já os defensores da pluralidade de obrigações estruturam a sua tese através do conceito genérico de relação jurídica, e as ideias de relação, comunidade, concorrência de dívidas, etc, recaindo no mesmo problema de não identificar a real natureza jurídica do instituto.
- b) Outra hipótese levantada sobre a natureza da solidariedade seria qualificá-la como um afiançamento mútuo entre os devedores. Segundo essa ideia, o devedor, na relação interna da solidariedade passiva, teria estabelecida uma relação de fiança com o(s) outro(s) co-devedor(es). A fiança e a solidariedade, como é notório, possuem diferenças, notadamente a característica da acessoriedade, que impedem essa aproximação descuidada.
- c) Mandato recíproco ou tácita representação, em que cada devedor (na solidariedade passiva) dispõe de poderes outorgados pelos co-devedores para pagar a dívida em sua totalidade, da mesma forma que cada credor (na solidariedade ativa) teria poderes para receber a dívida em sua totalidade em nome dos co-credores.
- d) Assimilar a obrigação solidária à obrigação alternativa, a partir da transformação desta última numa “subjetividade alternativa”.
- e) Obrigação solidária – uma só dívida e várias relações jurídicas/distintas responsabilidades. Por essa tese, admite-se a extensão da área de responsabilidade, em que cada devedor assume a sua própria obrigação e a dos demais co-devedores, caracterizando-se assim, por um única dívida e várias relações jurídicas (devedor-credor; devedor-codevedor; etc.).

<sup>98</sup> Tal erro é o que procura alertar LEON ALONSO, *op. cit.*, p. 37, quando discorre sobre as teses que investigam a natureza jurídica da solidariedade: “*De la enumeración de teorías acerca de la naturaleza jurídica de la obligación solidaria, una primera conclusión se nos antoja: la conceptos limitada a un artificioso engarce de las más dispares efectos,*

Restaria explicar, nos dizeres de GARRIDO, como uma só causa jurídica, um só titular, produz (se é que pode produzir) uma pluralidade de obrigações. É por isso que entende a solidariedade passiva como um fenómeno relativo a uma só obrigação (e leva-se neste sentido em conta que, por trás da obrigação solidária, há um só negócio jurídico ou um só vínculo, porquanto o credor tem um só crédito e, como tal, o consignará em seu balanço e por ele se tributará).

A interessante construção de RUBIO GARRIDO prossegue, entende o autor ser um erro falar em causa da obrigação solidária, por excesso de conceitualismo, haja vista que a solidariedade organiza uma determinada obrigação negocial, e em sentido técnico, a única causa que existiria seria a que gerou o nascimento e eficácia da dita obrigação negocial (seguro, empréstimo, compra e venda, por exemplo). Na solidariedade legal, por outro lado, a causa sobraría. É simplesmente o mandamento normativo, com sua consubstancial eficácia obrigatória e constitutiva, que dá conta da obrigação em questão e da sua forma solidária.

Haveria duas explicações possíveis, com efeito, para o fenómeno: considerar que a causa pode ser distinta, nascendo em momentos diferentes ou considerar que a causa será aquela do contrato cujo esquema organizativo da obrigação é o da solidariedade<sup>99</sup>. Seja de um modo ou de outro, entendemos que

---

*la simple comparación con otros instituticones sólo podrá proporcionar un aspecto descriptivo de la envoltura externa de la solidariedade, cuando lo que realmente creemos transcende es la afirmación de aquellas notas que, por sí solas, definen la esencia y la naturaleza de dicha obligación.”*

<sup>99</sup> Fazendo-se aqui um *link* com a causa da garantia, já que o nosso objeto de estudo é a *solidariedade com função de garantia*, INOCÊNCIO GALVÃO TELLES in *O DIREITO*, Ano 120º, 1988, III-IV, p. 287, discorre<sup>99</sup>: “*Todo o negócio jurídico tem uma causa, no sentido de que visa determinada finalidade prática, que o justifica – salvo casos anômalos, como se aceita uma letra a título de um empréstimo que não chega a fazer-se. Mas um negócio jurídico só se diz causal quando a sua causa está nele objectivada, de tal modo que o negócio apenas pode ser utilizado para essa causa e não para qualquer outra (compra e venda, locação, sociedade, mútuo, comodato, etc). O negócio é abstracto todas as vezes que não está vinculado a uma causa única, achando-se estruturado de maneira a poder servir causas várias (por exemplo, o aceite de uma letra, que poderá ter subjacente a si qualquer operação ou facto de onde resulte uma dívida pecuniária, como uma venda ou um mútuo de dinheiro ou um facto gerador de responsabilidade civil)*”.

E prossegue afirmando que a garantia autónoma é uma garantia causal, como a fiança, uma vez que visa uma função de garantia e é esta função que constitui a sua causa, que está objectivada no respectivo contrato. Alerta, a seguir, que a confusão que se faz da

o conceito de solidariedade é amplo o suficiente para abarcar a hipótese aqui considerada: solidariedade com função de garantia.

Em última análise, mesmo a chamada solidariedade imprópria (a exemplo do artigo 500º, n. 1, quando há solidariedade em virtude de um sujeito apresentar-se responsável perante o lesado por ato ilícito, outro pelo risco que lhe seja imputável e um terceiro pela infração de um dever contratual de diligência) está inserida no conceito do artigo 512º do Código Civil. Esses três sujeitos serão responsabilizados em razão de haver unicidade do interesse lesionado e unicidade do dano causado (são derivados de um só comportamento ou de vários atos valorados igualmente como fonte daquela obrigação).

Quanto à comunhão de fins, ANTUNES VARELA<sup>100</sup> aponta que para a moderna doutrina alemã não bastaria tal traço característico para o estabelecimento da solidariedade. À comunhão de fins, há de se acrescer o fato de que os devedores, convencional ou legalmente, estejam obrigados no mesmo grau, de modo que a prestação de um aproveite a todos os outros em face do credor. Se tal não sucede, de maneira que um dos devedores é, nas relações com o credor, o fundamental obrigado, sendo o outro apenas provisoriamente obrigado, inexistindo entre as obrigações igual graduação ou igual valor, não haveria obrigação solidária, apesar da identidade de interesse do credor.

Em suma, a corrente perfilhada pela maioria dos autores é a de haver uma multiplicidade de vínculos com unidade de prestação na solidariedade, sendo a sua natureza a de mútua representação, embora, como visto, haja quem aponte

---

garantia com o contrato-base e a sua causa é equivocada, tendo em vista que saber se a garantia subsiste ou não apesar da invalidade ou extinção do contrato-base nada tem a ver com a causalidade ou abstração da garantia e sim com a autonomia e acessoriedade desta.

Nesta perspectiva, entende o autor que tanto a garantia autónoma quanto a fiança seriam causais, na medida em que estão objetivamente vinculadas à função de garantia, ao passo que a primeira é autónoma em relação ao contrato-base e a segunda acessória. Transpondo o raciocínio para o campo da solidariedade passiva com função de garantia e a sua causa, nos parece que a solidariedade, na esteira de RUBIO GARRIDO, que – não se olvide – é uma modalidade de obrigação plural, quando estipulada para servir de garantia à determinado contrato-base, tem como função nítida a garantia, que embora baseada no que gerou o nascimento da obrigação negocial (por exemplo, o mútuo – contrato-base), é um mecanismo de cobrança da dívida com peculiaridades próprias, pelo que não podemos afastar o que se mencionou quanto ao erro em se falar em causa da obrigação solidária.

<sup>100</sup> ANTUNES VARELA, *op. cit.*, p. 764.

a existência de outras figuras.

A finalidade da solidariedade passiva, por sua vez, podemos aqui previamente concluir, é em primeiro lugar facilitar a cobrança do crédito. Mas, além disso, acautelar o credor contra o risco de insolvência dos co-obrigados.<sup>101</sup>

Dessa forma, sua função primordial é a de outorgar ao credor uma maior segurança quanto ao cumprimento da obrigação, na medida em que poderá dirigir sua pretensão e ação contra mais de um sujeito para o pagamento do *todo*, à sua eleição, não se vendo, a princípio, prejudicado pela insolvência parcial ou total de qualquer dos co-devedores.

Assim, a maior segurança do credor está representada em dois vértices: na forma de organização dos devedores, de tal modo que os riscos de insolvência são transferidos aos demais devedores, que continuarão obrigados pelo todo; e o aumento da massa de bens colocados à disposição do credor, que contará não apenas com um, mas com vários patrimônios a responder pela mesma dívida. E neste último aspecto é que se nota o seu fim *garantista*.

No que diz respeito aos efeitos, a doutrina estuda a solidariedade dividindo-a em dois planos. O primeiro deles representado pelos vínculos estabelecidos entre cada um dos devedores solidários e o credor<sup>102</sup>, tanto assim que pode este escolher cobrar de quaisquer deles, sem que os últimos possam invocar o benefício da excussão: são, portanto, obrigados *no mesmo plano* e em *igualdade de condições* perante o credor comum. É a soma ou a totalidade dessas relações que se vão denominar plano ou relação externa. O segundo deles representa a relação entre os co-devedores, chamado plano interno.

a) No plano externo, a primeira questão que se impõe é a de saber se as modificações ocorridas entre o credor e o devedor solidário também influem nos demais devedores solidários. Daí que teriam um efeito conjunto. Ou se, ao contrário, teriam efeito individual.

---

<sup>101</sup> *Idem*, p. 753.

<sup>102</sup> A existência de tantas relações jurídicas quantos sejam os devedores solidários evidencia-se no tocante às exceções (em sentido amplo) de que cada um dos sujeitos passivos pode utilizar face ao credor.

A começar pelo caso julgado relativo a um dos devedores, este não será oponível aos restantes (artigo 522º CC). Evita-se, assim, que aqueles que não foram acionados sofram com eventual negligência do devedor demandado, da mesma forma que se pretende afastar a possibilidade de haver conluio entre o credor e um deles.

No nosso Código, há a limitação expressa ao exercício do direito de ação pelo credor contra os coobrigados solidários. Se aquele exigir judicialmente a um dos co-devedores a totalidade ou parte da prestação, fica inibido de proceder judicialmente contra os demais, apenas quanto ao que tenha exigido ao primeiro, exceto se houver razão atendível, como a comprovada insolvência ou risco de insolvência do demandado (artigo 519º do Código Civil)<sup>103</sup>. Sendo acionado apenas um dos devedores pela totalidade ou por uma parte que exceda à sua quota parte, este poderá chamar os demais co-devedores à demanda (artigo 330º, 1 e 2, do Código de Processo Civil revogado, atual 321º<sup>104</sup>).

Está prevista, também, a renúncia à solidariedade apenas a favor de um ou de alguns dos devedores, não ficando prejudicado o direito do credor em relação aos outros co-devedores (artigo 527º).

Por conseguinte, não há que se falar em efeito conjunto para todas as ações do credor em relação aos co-devedores, porquanto podem produzir resultados na esfera jurídica de apenas um deles.

b) No plano interno presumem-se iguais as quotas parte dos co-devedores, exceto se outras condições forem expressamente determinadas. Isso porque, na dívida comum, poderá sempre haver um acordo interno acerca da distribuição das cargas. Independentemente de quem tenha a maior distribuição

---

<sup>103</sup> Caso o credor opte por demandar apenas um dos co-devedores e obtenha sentença condenatória contra este, deverá, então, prosseguir com a execução em face deste devedor, antes de poder exigir dos outros os respectivos valores. Com isso, pretende-se evitar que, sem razões plausíveis, o credor que fez esta opção, incomode os demais co-devedores que não participaram da ação.

<sup>104</sup> Artigo 321º do Código de Processo Civil: “1. O réu que tenha ação de regresso contra terceiro para ser indemnizado do prejuízo que lhe cause a perda da demanda, pode chamá-lo a intervir como auxiliar na defesa, sempre que o terceiro careça de legitimidade para intervir como parte principal. 2. A intervenção do chamado circunscreve-se à discussão das questões que tenham repercussão na ação de regresso invocada como fundamento do chamamento.”

no plano interno, todos os coobrigados suportarão o valor total perante o credor comum (plano externo).

Pode mesmo se acordar, e é este o ponto crucial do estudo, que no plano interno um dos co-devedores nada deva efetivamente, apesar de figurar no mesmo plano que o devedor primário perante o credor comum.

O principal efeito da solidariedade passiva nas relações internas diz respeito ao *direito de regresso*, isto é, quando um dos devedores solidários pagar integralmente a dívida, tem depois direito de exigir dos outros a parte que lhes compete na obrigação (artigo 524º). No caso de algum dos co-devedores estar insolvente, a sua quota se reparte entre os demais, que deverão sempre suportar o encargo do grupo (artigo 526º). Essa é a dinâmica das relações de solidariedade.

ALMEIDA COSTA<sup>105</sup>, ao abordar o *direito de regresso*, trata da hipótese de poder haver regresso integral (assim como na hipótese *paradigma*) ao afirmar que nada obsta a que os co-devedores estipulem um regime de solidariedade nas relações internas. Nesse caso, atribuir-se-ia àquele que satisfizer a dívida o direito de regresso por inteiro junto dos restantes ou, ainda, situações nas quais um ou mais devedores desempenhem funções de garantes, quando também o regresso será *pleno* (analisaremos a presente situação quando tratarmos da distinção entre fiança e *solidariedade passiva em garantia*).

Uma vez satisfeita a obrigação, seja por cumprimento, dação em cumprimento, novação, compensação ou consignação em depósito, ficam todos os devedores exonerados frente ao credor comum (artigo 523º).

Se a obrigação se tornar impossível por fato imputável a um dos devedores, todos eles são solidariamente responsáveis pelo seu valor, mas – perante o credor – só o responsável responderá por perdas e danos (artigo 520º). O mesmo regime se aplica em relação à mora do devedor.

---

<sup>105</sup> COSTA, Mário Júlio de Almeida. *op. cit.*, p. 677.

Acrescente-se que os meios de defesa comuns (por exemplo, alguma causa de nulidade da obrigação) são invocáveis contra todos os co-devedores solidários ou por qualquer deles contra o credor comum (artigo 514º, n. 1º). Já os meios de defesa pessoais, como o próprio nome diz, a exemplo de quando um dos devedores seja incapaz, evidente que sendo as causas próprias de cada co-devedor, só a este se referem.

Há meios de defesa pessoais, contudo, que só podem ser invocados pelo devedor a que afetam, mas que aproveitam a todos, como é o caso da compensação (artigos 523º e 851º, nº 2).

Note-se, ainda, que a remissão concedida a um dos devedores, somente libera os demais na parte relativa a esse devedor exonerado (artigo 863º). Mas, se o credor remittente reservar o seu direito por inteiro em relação aos outros devedores, estes também conservarão por inteiro o direito de regresso em relação ao remittido (artigo 864º, nºs 1 e 2).

Outra questão importante se refere à prescrição que um dos devedores adquira. Esta não aproveita aos demais co-devedores e as causas que suspendem ou interrompem a prescrição a respeito de um dos co-devedores também não afetam os demais. Conclui-se, pois, que a prescrição corre independentemente em relação a cada um dos devedores solidários (artigo 521º).

Examinados esses primeiros aspectos da solidariedade passiva, partiremos para o debate do caso a que nos propusemos solucionar: a solidariedade passiva convencionada com função de garantia.

### **3.3 DA INTERPRETAÇÃO DOS ARTIGOS 512º E SEQUINTE DO CÓDIGO CIVIL**

Toda e qualquer interpretação de um texto legal passa, necessariamente, pelo estudo dos métodos interpretativos. O presente trabalho não tem a intenção de rememorar a pormenor os quadros formais estabelecidos pelos doutrinadores

clássicos Thibaut e Savigny, principais responsáveis pelo aprofundamento dos estudos do significado da lei (ou das fontes do direito).

É preciso, todavia, estabelecer como o artigo 512º, a que o presente trabalho se debruça, deve (e pode) ser interpretado e aplicado.

O artigo 9º do Código Civil<sup>106</sup>, pouco reproduzido na legislação estrangeira, estabeleceu (ou pretendeu fazê-lo) um caminho para o intérprete em sua função exegética ao indicar os principais elementos interpretativos, quais sejam, textual (gramatical), histórico; sistemático e teleológico. Apesar de pretender circunscrever a atuação do intérprete, o legislador acabou por “lhe dar a maior amplitude”, conforme apontamento de MENEZES CORDEIRO<sup>107</sup>.

Ao definir, logo em sua primeira oração e de forma contundente, que a interpretação não deve se ater à letra da lei, mas levar em conta fatores a ela exógenos (tais como a intenção do legislador, a unidade do sistema, as circunstâncias na elaboração da lei, dentre outros), ficou o intérprete mais livre em sua função de aplicador da lei. Ainda assim, o legislador português não tomou parte da polêmica entre o subjetivismo (seja como primado do legislador, seja a partir do primado do intérprete) e o objetivismo (a letra da lei como elemento independente da vontade humana)<sup>108</sup>.

De toda forma, a inclusão de elementos interpretativos na lei civil portuguesa tem como principal vantagem positivar, ainda que de forma abrangente e não limitadora (como não poderia deixar de ser) o caminho

---

<sup>106</sup> Artigo 9.º

(Interpretação da lei)

“1. A interpretação não deve cingir-se à letra da lei, mas reconstituir a partir dos textos o pensamento legislativo, tendo sobretudo em conta a unidade do sistema jurídico, as circunstâncias em que a lei foi elaborada e as condições específicas do tempo em que é aplicada.

2. Não pode, porém, ser considerado pelo intérprete o pensamento legislativo que não tenha na letra da lei um mínimo de correspondência verbal, ainda que imperfeitamente expresso.

3. Na fixação do sentido e alcance da lei, o intérprete presumirá que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados.”

<sup>107</sup> MENEZES CORDEIRO, Antonio. *Tratado de Direito Civil I*, op. cit. p. 681-682

<sup>108</sup> *Idem*, p. 683 e ss.



procedimental pelo qual o intérprete deverá percorrer em sua função de extrair do texto legal sua melhor aplicação frente ao caso concreto.

No que diz respeito ao objeto da presente dissertação, qual seja o instituto da solidariedade passiva, vale lembrar que Portugal adota a solidariedade como regra apenas nas relações comerciais, ao contrário do sistema jurídico alemão (BGB, artigo 427) e do italiano (art. 1294 o do Código Civil Italiano), nos quais esta é considerada a regra geral.

Alargando-se o conceito do artigo 512º do Código Civil, verifica-se que a hipótese de solidariedade em garantia está ela também prevista no preceito, ainda que indiretamente. Na interpretação e integração da lei, o intérprete – ressalte-se – deve ajustar o caso concreto aos termos legais tão perfeitamente quanto possível.

Vejamos, assim, a redação do artigo 512º do Código Civil Português:

1 - A obrigação é solidária, quando cada um dos devedores responde pela prestação integral e esta a todos libera, ou quando cada um dos credores tem a faculdade de exigir, por si só, a prestação integral e esta libera o devedor para com todos eles.

2 – A obrigação não deixa de ser solidária pelo facto de os devedores estarem obrigados em termos diversos ou com diversas garantias, ou de ser diferente o conteúdo das prestações de cada um deles; igual diversidade se pode verificar quanto à obrigação do devedor relativamente a cada um dos credores solidários.

O número 2 do artigo 512º, como se verifica, amplia por completo a definição da obrigação solidária ao prever que os co-devedores podem se obrigar em termos diversos ou com garantias diversas ou, ainda, que o conteúdo das prestações de cada um deles pode ser distinto<sup>109</sup>. Ou seja, perfeitamente

---

<sup>109</sup> COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das Obrigações*, Almedina, 12ª Edição, p. 667. No mesmo sentido, aduz: “Decorre do exposto que podem existir diferenças, em matéria de cláusulas acessórias, a respeito dos vários obrigados (por ex., quanto a condições, garantias, prazos ou lugares de cumprimento). Também se conclui que não se estabelecem limites no que concerne ao conteúdo das obrigações solidárias. Estas referem-se normalmente a quantias de dinheiro, mas nada impede que tenham outro

enquadrável no tipo legal a hipótese em estudo, já que o conteúdo das prestações dos devedores é distinto, na medida em que um deles nada deve no plano interno, embora assuma o pagamento da dívida em sua integralidade perante o credor comum.

Ora, se a lei admite que um indivíduo nada deva ao credor e, ainda assim, figure como seu devedor solidário, a relação jurídica entre tais sujeitos, sem dúvida, pode ser regulada através de um contrato por meio do qual se estipule a obrigação solidária com função de garantia.

Em outras palavras, a interpretação literal/gramatical do referido dispositivo legal permite o desenvolvimento do tema da solidariedade passiva com função de garantia.

Assim, não vislumbramos uma imperfeição neste tipo de solidariedade. É a própria lei que prevê que a obrigação não deixa de ser solidária mesmo diante desta diversidade. Logo, não se justifica – a nosso ver – a criação de novas terminologias doutrinárias para classificar um tipo de ocorrência da solidariedade passiva que é plenamente contemplado no próprio tipo legal.

E tal interpretação não é de todo desvirtuada do plano histórico. Com efeito, como já visto nesta contribuição acadêmica, a solidariedade passiva se antes era confundida com institutos de garantia pessoal (notadamente a fiança), veio, paulatinamente, transformando-se numa figura autônoma com novas e diversas formas de aplicação. A sua aplicação no campo do direito das garantias não foge ao desenvolvimento e à autonomia do instituto.

Por sua vez, a interpretação sistemática do artigo 512º tem relação direta com o princípio da autonomia da vontade, de ampla atuação no âmbito das relações obrigacionais privadas. Ora, se uma leitura atenta ao artigo 512º nos permite dele extrair uma interpretação que abranja a solidariedade com função de garantia e, de igual forma, inexistente dispositivo legal que o proíba, ou seja, que diga que não se poderá pactuar a solidariedade como uma forma de garantia, isso

---

objecto, inclusive, a prestação de um facto. Assim como nada obsta a que o conteúdo da prestação – embora, em regra, sendo o mesmo – varie de obrigação para obrigação.”

representa dizer que as partes, livres e desimpedidas, podem celebrar contratos estipulando terceiros como garantes solidários da dívida existente.

Sobre o princípio da autonomia da vontade, ANTUNES VARELA<sup>110</sup> informa que a função das normas legais limita-se, essencialmente a um duplo objetivo, quais sejam:

a) Por um lado, elas procuram fixar, de acordo com a vontade presumida da parte, o regime aplicável aos numerosos aspectos em que falha constantemente a declaração negocial, ou porque os interessados os não previram (lacunas de omissão), ou porque os regularam em termos obscuros, equívocos ou contraditórios (lacunas de colisão); b) Por outro lado, estabelecem preceitos basilares que devem ser observados nas relações (como as provenientes da responsabilidade civil, por exemplo) onde não pontifica a vontade das partes, ou nos pontos em que a estipulação dos particulares, como sucede em múltiplos aspectos dos contratos de locação e de trabalho, tem de subordinar-se a certos interesses (públicos) de nível superior.

Desde logo vale destacar que não entendemos que se deve aplicar, por analogia, no silêncio da lei, as regras da solidariedade ao caso paradigma, mas antes que o próprio caso em estudo se subsume ao tipo legal, ainda que não minuciosa e expressamente.

Por outro lado, é também certo que os casos de solidariedade legal são restritos, não se podendo estendê-los por analogia, em razão do agravamento da obrigação, já que isto levaria os co-devedores a suportar consequências de atos que muitas vezes não lhes são imputáveis. Porém, se as próprias partes concordam com tal agravamento, isto é, se são estas a acordarem a intervenção de um terceiro em igualdade de condições (na mesma linha e no mesmo grau) que o devedor primário, não há que se afastar o âmbito de aplicação da lei.

---

<sup>110</sup> ANTUNES VARELA, *Op. cit.*, p. 24.

Na interpretação das leis, há de se ter em conta a pluralidade de significados do texto legal e a premente necessidade de a lei atuar a favor da sociedade e não o contrário.

Ou seja, é a lei que deve se amoldar aos tempos atuais e ao ambiente cultural, dadas a maleabilidade e elasticidade que a caracterizam, atenta às diferentes exigências dos sujeitos de direito, sem - no entanto - desvirtuar o seu intuito, conforme se apreende desta lição:

A interpretação procura a *voluntas legis*, não a *voluntas legislatoris* – escreve FERRARA; e procura a vontade actual da lei, não a sua vontade no momento da aplicação: não se trata, pois, de uma vontade do passado, mas de uma vontade sempre presente enquanto a lei não cessa de vigorar. É dizer que a lei, uma vez formada, se destaca do legislador, ganhando consistência autónoma; e, mais do que isso, torna-se entidade viva, que não apenas corpo inanimado, o mero *facto* histórico fechado e concluído<sup>111</sup>.

Com isso, quer-se dizer que o intérprete deve buscar não apenas aquela que terá sido a vontade do legislador quando da edição das leis, mas sim adaptá-las às circunstâncias do momento em que se pretende interpretá-la e aplicá-la, levadas em consideração as novas necessidades sociais e comerciais.

Até porque, é de se ver, não há uma única correta e boa interpretação da lei, mas antes a lei comporta duas ou mais interpretações possíveis, igualmente corretas e justificadas.

Nesse sentido, a interpretação teleológica, que busca o fim pretendido com a norma, é clara: dar maior segurança e previsibilidade no cumprimento dos contratos a partir da previsão de um terceiro garante, que como adiante será melhor desenvolvido, não se submete aos ditames da acessoriedade ou da subsidiariedade (características marcantes da fiança).

A utilização do instituto da solidariedade passiva como garantia tem o benefício da já existência de um dispositivo legal que o prevê, não sendo,

---

<sup>111</sup> ANDRADE, Manuel A. Domingues de, e ALARCÃO, Rui de, *Teoria Geral das Obrigações*. 3ª edição, Coimbra: Almedina, 1966.

portanto, figura inteiramente nova ou atípica, com o fim de dar uma vestimenta ainda mais segura aos contratos envolvendo uma prestação a ser cumprida. Mais vale um terceiro garante com característica de devedor solidário do que um terceiro garante como fiador.

Embasados neste espírito é que seguiremos o estudo da solidariedade passiva em garantia, a fim de amoldá-la ao melhor interesse contemporâneo do particular que dela faz uso, levados em consideração a sociedade atual, a questão cultural, os novos interesses em jogo, as perspectivas de mercado e as reais necessidades do homem, uma vez que a lei serve ao homem e não o contrário: não é o indivíduo escravo de palavras escritas em uma determinada época, sob uma perspectiva (muitas vezes já ultrapassada), sem exprimir com exatidão as muitas vontades que participaram da sua criação.

Desde que, é claro, haja a mínima correspondência com o texto legal e que não se afronte a interesses de terceiros e a ordem pública, a lei está ao dispor das partes para esculpirem-na e vestirem-na com “roupas” que melhor se assentam aos seus interesses pessoais.

## 4. SOLIDARIEDADE PASSIVA COM FUNÇÃO DE GARANTIA E INSTITUTOS AFINS: UM COTEJO NECESSÁRIO

### 4.1 A FIGURA MATRIZ DAS GARANTIAS PESSOAIS: A FIANÇA

Embora a *fiança* seja apenas uma espécie do gênero garantias pessoais, é sem dúvida a figura mais conhecida e importante deste tipo, razão pela qual se torna necessário o seu estudo, ainda que sumário, como referência das demais garantias pessoais. Através do comparativo com a figura matriz de garantia pessoal, melhor se poderá delimitar a fronteira com a *solidariedade passiva com função de garantia*.

Há na fiança, necessariamente, uma relação triangular. Por meio da intervenção de um terceiro (garante), este atua com o propósito de *reforçar* o cumprimento da obrigação (artigos 627º a 655º do Código Civil). Assim, aumenta-se a *massa de bens* colocados à disposição do credor para a satisfação do seu crédito.

Até aqui se verifica o que a fiança tem em comum com as demais figuras de garantia, porque lhes empresta a *relação triangular* consubstanciada no patrimônio de um terceiro respondendo, cumulativamente, pelo pagamento da dívida, sendo esta a intercessão entre os diversos institutos que se prestam ao mesmo fim: o de garantia pessoal.

Porém, adiciona-se à fiança a característica da *acessoriedade*, traço essencial e distintivo desta: a adição de um novo patrimônio se dá sempre de modo acessório, de forma que o fiador só responde quando esgotados os bens do devedor principal, ou quando estes se mostrarem insuficientes.

Mesmo que possa invocar o benefício da excussão, isso não desnatura a que a fiança seja prestada de forma acessória, porque a relação existente entre o fiador e o credor sempre será dependente daquela existente entre o credor e o

devedor principal (artigo 627º, nº 2).

Na acessoriedade, pois, haverá sempre uma pretensão principal/dirigente. As demais pretensões se apoiarão nesta: a forma da declaração da fiança é a mesma exigida para a obrigação principal (artigo 628º, nº 1); a fiança não pode exceder a dívida principal ou ser contraída em circunstâncias mais onerosas (artigo 631º, nº 2); a invalidade da obrigação principal, implica a invalidade da fiança, quer nos casos de nulidade quer nos de anulabilidade (artigo 632º, nº 1); o fiador pode opor os meios de defesa próprios do devedor, salvo se estes forem incompatíveis com a obrigação do fiador (artigo 637º), por fim, a obrigação principal, quando extinta, causará a extinção da fiança (artigo 651º). Como se vê, a fiança está intimamente dependente da obrigação principal, em sua forma estrutural e funcional.

POTHIER<sup>112</sup>, por exemplo, ao contrapor a fiança e o exumado contrato de crédito, sinaliza que a obrigação do fiador não é outra coisa que um simples acessório da obrigação do devedor principal, obrigação que tem por causa a do devedor principal<sup>113</sup>.

A fiança é também, em regra, *subsidiária*. O fiador, ao invocar o benefício da excussão, só responderá pelo pagamento da obrigação se e quando o patrimônio do devedor for insuficiente, conforme o disposto no artigo 638º. A subsidiariedade opera, segundo o artigo 639º, mesmo existindo garantias reais constituídas por terceiro antes da fiança. E esta pode ser renunciada (artigo 640º, a) ou afastada quando o devedor ou o dono dos bens onerados com garantia não puder, em virtude de fato posterior à constituição da garantia, ser demandado no território do continente ou ilhas adjacentes (640º, b), pela vontade das partes ou se estiverem perante uma obrigação comercial (artigo 101º do Código Comercial).

Por isso, a subsidiariedade, embora seja também marca distintiva, é um traço não essencial da fiança.

---

<sup>112</sup> POTHIER apud GARRIDO, Tomás Rubio. *Op. Cit.*, p. 168

<sup>113</sup> INOCÊNCIO GALVÃO TELLES critica esse pensamento ao afirmar ser absolutamente inaceitável o raciocínio de ter a causa da garantia por base a causa do contrato-base, afirmando que a causa da fiança é justamente a de garantia, assim como indicado no contrato. *Op. cit.*, p. 288.

Nesta garantia pessoal, como se viu, a pretensão principal é o crédito do credor em relação ao devedor principal. Observa-se que o devedor principal (afiançado) não está no mesmo plano que o devedor acessório (fiador), porque a dívida do fiador (garantidor do cumprimento da obrigação) sempre e necessariamente sujeitar-se-á à dívida principal. A *acessoriedade*, por conseguinte, é o principal traço distintivo da fiança e da solidariedade, na medida em que ao optar pela *acessoriedade*, a lei afastará a ocorrência de solidariedade.

No caso de haver fiança, são bem diferentes as obrigações dos devedores. Ao passo que o fiador não pode responder em situações mais onerosas do que o devedor originário, o devedor secundário na *solidariedade em garantia* se onera tanto ou ainda mais do que o devedor primário. Pode o fiador, ainda, valer-se de cláusulas extintivas da obrigação afiançada que não lhe aproveitam quando se trata de solidariedade. Embora nas relações internas a situação do devedor garante se identifique à do devedor fiador, certo é que continuará a inexistir qualquer comunidade de interesses.

Outra distinção importante se observa neste fato: enquanto na solidariedade passiva qualquer devedor pode ser interpelado para cumprir a obrigação, figurando todos igualmente como *principais pagadores*, na fiança o fiador figura como *devedor subsidiário*, já que pagará se e quando o patrimônio do *devedor principal* não for suficiente.

Pergunta-se: e quando houver renúncia ao benefício da excussão? Poder-se-ia considerar o fiador um devedor solidário? Já a adiantar um pouco os apontamentos que faremos detalhadamente mais à frente, ainda neste caso vê-se logo que a resposta será negativa, ficando clara a distinção entre os institutos e a delimitação dos seus campos de atuação ao se confrontar as seguintes situações.

Imagine-se que *A* seja credor de *B* e *C*, sendo *C* fiador garante da dívida de *B*. Digamos que *C* renuncie ao benefício da excussão e passe a poder ser demandado junto com *B* (sem que se esgotem os meios de cobrança contra este). Ainda assim, *C* continuará a poder opor a *A* os meios de defesa de *B* (artigo 637º). Caso, ainda, a obrigação principal (de *B*) seja nula ou anulável, a fiança



também será (artigo 632º). Já se C fosse devedor solidário, o mesmo - a princípio - não ocorreria.

Ao contrário do que se viu também na primeira situação, caso C figure como devedor solidário, não poderá opor os meios de defesa pessoais dos outros co-devedores, mas apenas os que lhe forem comuns (artigo 514º, nº 1).

Portanto, a fiança não se resume à subsidiariedade que sequer lhe é, como visto, essencial. Em havendo renúncia, isso não a tornará uma obrigação solidária. A fiança é um esquema composto por diversas vicissitudes e manifestações que não se resumem a tal característica<sup>114</sup>.

Vistos os principais traços característicos da fiança, passamos ao estudo da solidariedade passiva com função de garantia.

#### **4.2 A SOLIDARIEDADE PASSIVA COM FUNÇÃO DE GARANTIA**

Assim, percorrido o pantanoso terreno das figuras de garantia, sejam as típicas ou atípicas, e assentados na premissa de que é possível conferir às figuras que não tiveram na sua criação a intenção - ao menos expressa e nítida - de funcionar como garantia, esta especial função, finalmente chegamos ao ponto crucial da investigação: *a solidariedade a funcionar especificamente como reforço do direito de crédito*<sup>115</sup>.

<sup>114</sup> JANUÁRIO GOMES alarga tanto o conceito de solidariedade, contido no artigo 512º, 2 que admite a existência de solidariedade com acessoriedade, na medida em que sustenta a existência de obrigações solidárias com benefício de excussão, *op. cit.*, p. 268-269. E tal afirmativa é feita ao verificar que, em sendo possível que as obrigações dos co-devedores estejam sujeitas a termo ou condições distintas, não haveria razão para não se admitir que uma delas esteja sujeita ao benefício da excussão, da mesma forma que a expressão “termos diversos” contida no n. 2 do 512º autorizaria a existência de obrigações solidárias com acessoriedade. A nosso sentir, embora amplo, o artigo 512º não permite a criação de tais figuras, posto que devem estas se adequar ao esquema de funcionamento da solidariedade para que sejam consideradas obrigações solidárias. Do contrário, no plano prático, as figuras se aproximariam mais a outros institutos jurídicos, e a própria fiança está aí incluída, que não podem ser taxados de solidárias, quando muito a elas aplicam-se as normas da solidariedade.

<sup>115</sup> JANUÁRIO GOMES, *op. cit.*, p. 101: “Apesar de não ter sido delineada como garantia, é de admitir, mas não sem reservas, que os intervenientes na operação de crédito, naturalmente por impulso do credor, a “utilizem” como alternativa v.g, à fiança, caso em

MENEZES LEITÃO<sup>116</sup> já na primeira frase dedicada ao instituto o apresenta como “Outra garantia pessoal das obrigações vem a ser a solidariedade passiva”. E prossegue, especificamente quanto ao caso de ser a solidariedade estipulada como garantia, a afirmar que

A função de garantia da solidariedade passiva pode ainda ser reforçada na hipótese de nas relações internas apenas um devedor responder pela dívida, respondendo, porém, os outros nas relações externas. Trata-se da chamada solidariedade em garantia, em que essa função é ainda mais visível.

PAULO CUNHA qualifica a solidariedade passiva como uma garantia pessoal recíproca, na medida em que cada co-devedor responde, frente ao credor, pela sua quota parte na dívida e também pela parte dos outros devedores<sup>117</sup>.

BARASSI<sup>118</sup> chega mesmo a afirmar que a função de garantia da solidariedade se revela como a razão de ser do instituto, sendo seu elemento intrínseco. E aduz:

---

que, no dizer expressivo de HECK, o credor fica na posição de um “pachá jurídico”, atenta a posição confortável em que fica investido. (...)”. Sobre o tema, o Supremo Tribunal de Justiça já teve oportunidade de se manifestar, quando do julgamento do processo n. 068643, relatado pelo Desembargador Amaral Aguiar, cujo acórdão data de 28 de julho de 1981, ocasião em que se levantou o debate acerca da existência de solidariedade quando um dos devedores internamente nada deve (como no caso paradigma). Assim se manifestou, com razão, num caso envolvendo a possibilidade de chamamento a demanda em ação cambiária proposta contra o sacador da letra. Vejamos um trecho: “(...)E, assim, o artigo 524º do Código Civil não se opõe ao que se permite no seu artigo 516º, mas tão-somente regula o caso mais vulgar de a solidariedade na obrigação respeitar a vários devedores com participações diferentes ou iguais na dívida. Não se vê, pois, qualquer razão para que o conceito legal de solidariedade, acima definido, não compreenda também o que vem sendo chamado de solidariedade imperfeita, ou seja, quando só um dos devedores responsáveis é o principal devedor, isto é, quando um só deles, nas relações internas, deve suportar o encargo da dívida em sua totalidade. Pode haver nessas relações várias nuances na sua regulamentação, mas o conceito de solidariedade é só um, o do artigo 512, n. 1, do Código Civil, e, como vimos, abarca as dívidas cartulares ou cambiárias e outras, ou seja, aquelas que da relação jurídica existente entre vários devedores resulte que um só deles deve suportar o encargo da dívida total – artigo 516, parte final, do Código Civil. (...) E também não há, como nos parece evidente, quaisquer razões que imponham uma interpretação restritiva deste preceito processual, dado que o chamamento a demanda tanto se justifica num caso como no outro [...]”.

<sup>116</sup> MENEZES LEITÃO. *op. cit.*, p.165.

<sup>117</sup> CUNHA, Paulo. *op. cit.*, p. 19 ss.

<sup>118</sup> BARASSI, Lodovico. *La Teoria Generale Delle Obligazione*, v. 3, 2ª ed., Milano: Giuffrè, 1948, p. 213 e ss.

*È probabile che questo risultato non fosse ben chiaro nella mente dei compilatori del cod. Nap. Ma non è dubbio che l'idea di un vincolo reciproco di garanzia che lega i membri del gruppo anche di fronte all'altra parte, e non come un fatto puramente interno del grupo (questo è ciò che più importa), penetrò largamente nella dottrina del diritto comune.*

É a solidariedade passiva, portanto, considerada por diversos autores, a exemplo de ROMANO MARTINEZ, uma garantia pessoal quando acordada neste sentido<sup>119</sup>. Permita-nos transcrever a seguinte passagem da sua obra:

A solidariedade passiva, sendo uma modalidade de obrigações, pode valer como garantia na medida em que aumente a segurança de pagamento ao credor. Não se trata de uma típica garantia de cumprimento das obrigações, mas de um acordo que pode ter esse efeito.

Importa destacar a seguinte discussão da doutrina: se na solidariedade passiva em garantia há que se ter sempre presente um interesse econômico da parte do devedor garante. Isso porque, normalmente, nos casos como o aludido (*paradigma*), são familiares ou pessoas próximas que, na *praxis*, intervêm como *garante* (devedor secundário), a fim de auxiliar o devedor originário na obtenção do crédito junto à instituição bancária.

Autores alemães, a exemplo de REIFNER<sup>120</sup>, entendem que o requisito seria essencial para a própria configuração da relação de solidariedade. Do contrário, faltando o requisito do interesse econômico, reconduzir-se-ia à figura da fiança. Afirma o autor que seria irrazoável prejudicar a parte com a cláusula de solidariedade quando a mesma circunscreve direitos essenciais que o obrigado teria como fiador, como sejam os relativos à forma e as exceções.

Para nós, nas obrigações negociais, o interesse em jogo depende da autonomia privada, cf. MENEZES CORDEIRO<sup>121</sup>. Ou seja, não é necessário interesse econômico, mas antes algum interesse, seja ele de que natureza for.

<sup>119</sup> ROMANO MARTINEZ, Pedro. *op. cit.*, p. 255.

<sup>120</sup> REIFNER *apud* JANUÁRIO GOMES, *op. cit.*, p. 101, nota 417.

<sup>121</sup> MENEZES CORDEIRO, *Op. Cit.*, De um princípio que já foi quase que absoluto, contemporaneamente a autonomia da vontade possui diversas restrições, seja em decorrência da imperiosa consecução de interesses sociais, seja em razão da sua necessária consonância com os demais direitos fundamentais previstos na Constituição. Como vimos, no entanto, há campos nos quais ainda hoje a autonomia da vontade

Com efeito, desde que o devedor garante assuma a posição de devedor em igualdade de condições com os demais, e por livre vontade – seja por razões meramente altruístas ou não –, e estando ciente de que está se obrigando como devedor solidário (e não como fiador), nada há que impeça o acordo entre as partes.

Pode ocorrer, por exemplo, de o devedor B ser credor do devedor C em outra obrigação e o último assumir o pagamento solidariamente com ele da dívida frente ao credor A. Pode acontecer, ainda, de serem sócios em outros negócios e interessar ao devedor C (garante) a realização daquele negócio jurídico. Ou, ainda, podem ser parentes próximos e não haver interesse econômico algum.

Como já vimos, nesta seara vigora o princípio da ampla liberdade contratual, e as partes – nesse contexto – são *donas* absolutas das suas próprias vontades, podendo convencionar o que melhor lhes aprouver, seja criando novos instrumentos, seja aproveitando aqueles já existentes com função diversa da prevista em lei.

Na mesma linha, também JANUÁRIO GOMES<sup>122</sup>, com acerto, sublinha:

Acresce, no que à solidariedade passiva em garantia concerne, que a erupção negocial de mecanismos de garantia pessoal à margem do modelo clássico de fiança – com destaque para as garantias bancárias autônomas e as cartas de conforto – sendo, de per si, já um sintoma e manifestação da insuficiência do modelo positivo, “empurram” os sujeitos privados para a “invenção” de novas formas de garantia, dando assim resposta às novas realidades e necessidades que surgem na vida.

Dessa forma, continua o autor a defender que não há razão para que se proíba a utilização da solidariedade passiva como garantia, afastando o muro

---

aparece com muita força. É esse o caso dos direitos das obrigações, eminentemente de cunho patrimonial privado.

<sup>122</sup> JANUÁRIO GOMES, *op. cit.*, p. 103.

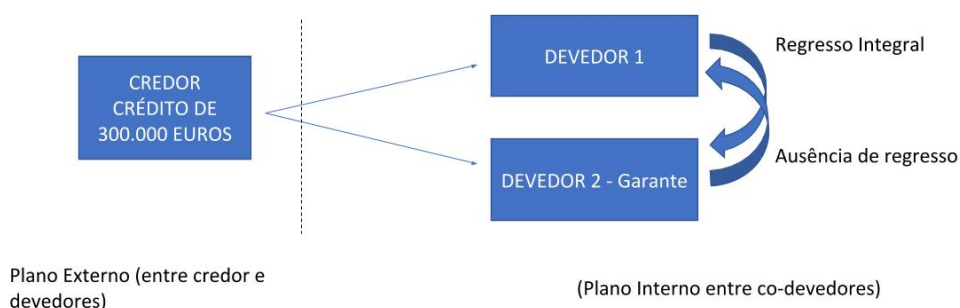
divisório entre solidariedade e fiança que alguns autores alemães insitiram em traçar.

Passamos, então, à análise das normas legais que se devem aplicar ao caso em estudo (*paradigma*).

#### 4.3 REGIME JURÍDICO APLICÁVEL À SOLIDARIEDADE PASSIVA COM FUNÇÃO DE GARANTIA

Voltamos agora ao caso *paradigma*, apresentado na presente investigação:

##### 2ª HIPÓTESE – SOLIDARIEDADE CONVENCIONADA COM FUNÇÃO DE GARANTIA



Baseado no exemplo acima – solidariedade convencional com função de garantia – tentaremos responder às seguintes indagações ora formuladas. A que conjunto de normas estarão submetidas as partes da relação jurídica? C pode ser considerado fiador e como fiador deve ser tratado, aplicando-lhe o regime jurídico próprio da fiança? Poder-se-ia dizer que C assumiu cumulativamente com B a sua dívida? Ou será este um caso de *solidariedade imperfeita ou imprópria*? Todas estas hipóteses são aventadas pela doutrina quando se menciona a *solidariedade passiva convencional com função de garantia*. Quase sempre os autores procuram aproximar a solidariedade em

garantia de outras figuras legais, a fim de atribuir-lhes as normas próprias daqueles institutos.

Mas, como ocorre com frequência no Direito, as afirmativas muitas vezes são feitas por razões históricas, sem que o operador sequer questione o motivo daquela atuação. O padrão está de todo tão enraizado que o afastar parece, para muitos, tarefa árdua, afigurando-se mais simples seguir o caminho trilhado, repetir equações e fórmulas muitas vezes mal explicadas na tentativa de solucionar, de forma cômoda, as situações que se vão apresentando no decorrer do estudo de figuras jurídicas. Tal visão nos parece extremamente empobrecedora, porquanto em nada acrescenta ao estudo da matéria.

Acreditamos que revisitar as figuras e interpretar o seu real alcance afigura-se como a melhor solução e a mais consentânea com as crescentes e mutáveis necessidades sociais e comerciais.

Em relação ao regime jurídico aplicável à solidariedade em garantia, portanto, vejamos por qual razão entendemos que nenhuma das doutrinas adiante alinhavadas merece prosperar.

#### **4.3.1 SOLIDARIEDADE NAS RELAÇÕES EXTERNAS E FIANÇA NAS RELAÇÕES INTERNAS?**

Historicamente, como já melhor explicado neste trabalho, a expressão *in solidum* fazia referência à qualidade de um objeto: o *todo* ou a *totalidade*, o que comportava a sua indivisibilidade. Assim, ao aparecer por influência francesa a redação nos Códigos que se seguiram da expressão *solidário*, aplicada não ao objeto, mas à forma de organização da cobrança da dívida quando há pluralidade de credores ou devedores, instalou-se a confusão que até hoje atormenta muitos dos estudiosos da matéria.

Como assinala RUBIO GARRIDO,<sup>123</sup> tal adjetivo, utilizado para diferentes situações, acabou por irromper uma tentação muito perigosa: aplicar o

---

<sup>123</sup> RUBIO GARRIDO, Tomás. *op. cit.*, p. 33.

regime jurídico das obrigações solidárias aos casos que tradicionalmente eram classificados como de dever *in solidum* sem considerar que algumas dessas hipóteses (fiança solidária, hipoteca solidária, dentre outras, são absolutamente distintas).

Foi assim que POTHIER <sup>124</sup> sustentou que, no caso de haver *solidariedade em garantia*, na realidade, existiria solidariedade apenas no plano externo, ou do ponto de vista do credor, enquanto na relação interna, isto é, entre co-devedores, haveria verdadeiramente uma *fiança*. Isso porque, alega o doutrinador que ao vincular-se como obrigado solidário, aquele que nada deve no plano interno, estaria na realidade afiançando a dívida do devedor, ao passo que, no plano externo, figuraria como devedor em igualdade de condições com o principal obrigado, não havendo diferença de graus.

Explica-se o entendimento embasado no Código Francês que, em seu artigo 1216º, considera o fato de só a um dos devedores a dívida dizer respeito, ocasião na qual só aquele verdadeiramente a suporta, e funcionam os demais unicamente como fiadores (garantes). Em relação ao credor, porém, não são havidos como fiadores, mas como devedores solidários <sup>125</sup>.

Ao assim entender, permite o autor que acabamos de referir que a recuperação do valor pago se dê por meio da sub-rogação *ou* do regresso, figuras que não se devem confundir.

Não guardamos adesão ao entendimento expresso, haja vista que a relação solidária não se esgota no cumprimento da obrigação, ao que nasceria depois, entre os co-devedores uma *nova* relação, regulada pelas normas da fiança. Admitindo-se tal entendimento, estar-se-ia *expulsando* da solidariedade o chamado plano interno, o que não deve ser aceito.

---

<sup>124</sup> *Idem*, p. 34. A ambígua ideia de POTHIER acabou reproduzida no artigo 1216º do Código. E foi copiada sem reparo algum por Garcia Goyena no artigo 1070º do Projeto Isabelino do Código Civil. Ficava, assim, incorporada à nossa doutrina a ideia de que um codevedor solidário pode ser, ao mesmo tempo e sem infringir o princípio lógico da identidade, codevedor principal e fiador. Isso contribuiu também a que seja dado pensar que ambos os institutos têm um quid de identidade (em relação à natureza e aos efeitos) (livre tradução adaptada).

<sup>125</sup> VAZ SERRA, Adriano Paes da Silva. *Pluralidade de Devedores ou de Credores*. Lisboa, 1957, p. 207.

Ademais, o chamado plano interno, ou entre co-devedores, é elemento essencial da solidariedade, simplesmente porque referida nomenclatura não passa de uma divisão feita pela doutrina, apenas para fins elucidativos, isto é, em verdade a solidariedade é uma só, composta por ambos os planos ou relações (internas e externas), sem que se possa considerar somente um deles como parte integrante da figura jurídica em análise. Embora a lei não tenha mencionado de forma explícita o que se denomina de plano interno, encontramos diversas menções a este, a exemplo dos artigos 514º, 516º, 521º e 524º do Código Civil, dentre outros.

Portanto, não entendemos possível afastar ou suprimir a relação interna da solidariedade (o que seria visivelmente *contra legem*), ao argumento de que as defesas pessoais e demais questões envolvendo tal relação seriam meros apêndices à relação principal, mas que nela causariam reflexos. Alguns dos efeitos internos são tão essenciais ao instituto que não podem sequer ser suprimidos por convenção entre um co-devedor e o credor e todos os co-devedores, a exemplo do disposto nos artigos 526º e 529º do Código Civil.

A relação interna, pois, é elemento ínsito ao complexo esquema de funcionamento da solidariedade passiva, facilitador do recebimento do crédito e que não se resume à relação dos co-devedores com o credor comum (plano externo). Neste modelo, todos os coobrigados estão vinculados pelo mesmo título e na mesma qualidade ou condição e no mesmo grau, submetidos a um complexo de normas que não se resumem às relações travadas com o credor.

Explicar a solidariedade passiva sem o seu plano interno nos parece impossível, haja vista que o que se passa entre os co-devedores é tão inerente à solidariedade quanto o é o plano externo. Some-se a isso a seguinte indagação, que merece ser rechaçada de plano: será mesmo possível eliminar os artigos da lei que tratam das relações internas, como se nenhum valor tivessem para o instituto? É evidente que não, o que confirma a nossa opinião a respeito do plano interno.

Outro fator a ser levado em consideração é que as figuras em jogo são absolutamente distintas e não podem ser confundidas. Unificar as duas figuras



apenas em razão da função de garantia é estapafúrdio, para se dizer o mínimo. Caso contrário, deveríamos equiparar todas as figuras de garantia pessoal, o que se sabe não ser possível. E o principal elemento diferenciador dos dois institutos repousa na *acessoriedade* (que está presente na fiança, mas não está na solidariedade).

Abordaremos tais diferenças no tópico seguinte.

O *regresso*, também neste caso, embora elemento essencial da solidariedade, não apenas permite desigualdade na quota parte (ou, até mesmo inexistência para algum dos devedores), mas também não precisa ocorrer no plano prático, basta que exista a possibilidade de sua ocorrência abstratamente. E, no caso de a solidariedade ser convencionada como garantia, há sempre a chance de, demandado aquele que internamente nada deve, de haver regresso integral.

Poder-se-ia, então, considerar o direito de regresso traço secundário, isto é, não essencial à obrigação solidária ou é de considerá-lo essencial? Afinal, como visto, no caso *paradigma* há solidariedade passiva em que, internamente, um dos devedores nada deve (chamado por alguns de devedor desinteressado), podendo não ocorrer o *regresso*, caso seja o outro co-devedor chamado a pagar o todo e realize a prestação. Também assim ocorre em diversos casos de solidariedade legal, a exemplo do artigo 500º, nº 3. Dessa forma, é de se admitir que, embora seja o direito de regresso traço característico do regime de solidariedade passiva, não é necessária a sua ocorrência no plano prático.

Sobre a possibilidade de o direito de regresso ser integral, manifesta-se Mário Julio de Almeida Costa<sup>126</sup>, nos seguintes termos:

Mas nada obsta a que os condevedores estipulem o regime da solidariedade nas relações internas, atribuindo ao que satisfaça o debito comum o direito de regresso por inteiro junto de qualquer dos restantes, descontada evidentemente a sua parte. Será, todavia, uma cláusula pouco frequente na prática. Observe-se, além disso, que pode haver uma obrigação solidária em que um ou mais dos devedores desempenhem uma simples função de garante, de modo que se algum deles satisfizer a obrigação ficará

---

<sup>126</sup> COSTA, Mário Júlio de Almeida. *op. cit.*, p. 677.

com direito de regresso pleno contra o devedor cuja obrigação é assegurada: e, este, pelo contrário, se pagar, não tem direito de regresso contra os outros. (Sublinhou-se)

Acerca do direito de regresso, Abílio Neto *in* Código Civil Anotado<sup>127</sup>, ao comentar o artigo 516º do Código Civil, exemplifica:

“Se, por ex., um dos devedores solidários se obrigou como mandatário ou gestor de negócios do outro devedor, este não tem direito de regresso contra aquele, ao passo que o primeiro terá regresso pela totalidade (regresso pleno) contra o segundo, dado que da relação jurídica existente entre ambos resulta exclusivamente do devedor por cuja conta a obrigação foi assumida o interesse visado pela assunção desta: se, entre os devedores solidários, houve uma relação de sociedade, nesta se baseando a dívida, o encargo da obrigação solidária deve repartir-se entre eles na proporção das suas quotas sociais ou da sua responsabilidade pelas perdas, já que é de presumir ter cada um dos seus devedores querido, na relação interna, assuir o encargo tão-somente nessa posição, etc.” (VAZ SERRA, RLJ, 105º-118).

Assim, se fiança existisse, haveria – após o adimplemento – a sub-rogação do devedor nos direitos do credor. E não é o que ocorre no caso em exame. Neste ponto, para melhor elucidação do que ora se defende, importante diferenciar a sub-rogação do direito de regresso<sup>128</sup>.

Na solidariedade, quando a prestação é entregue, liberam-se todos os devedores comuns, não ficando um novo credor sub-rogado. Nasce, no caso de a solidariedade ser acordada em garantia, um *novo crédito* (direito novo) face ao devedor que não está internamente obrigado. Ou seja, diferente dos casos de sub-rogação, que é a forma de transmissão do *mesmo* crédito, o direito de regresso funda-se no enriquecimento injustificado às custas dos outros co-devedores, constituindo-se um crédito novo, com natureza própria<sup>129</sup>.

<sup>127</sup> NETO, Abílio. *Código Civil Anotado*. Editora Minerva, 19ª edição, Janeiro/2016, p. 592 e ss.

<sup>128</sup> Sobre a distinção entre sub-rogação e regresso, remetemos a PROENÇA, José Carlos Brandão. *Lições de cumprimento e não cumprimento das obrigações*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 109.

<sup>129</sup> ANTUNES VARELA. *op. cit.*, p. 782. G. Moreira *apud* VAZ SERRA, *op. cit.* (Pluralidade...), p. 208. “Se... o devedor que pagou ficasse com os direitos do credor e pudesse assim exigir o pagamento integral dum dos outros devedores, este, uma vez efectuado o pagamento, poderia exercer o mesmo direito contra qualquer dos co-devedores, dando-se assim a acção de forma que poderia haver a reacção contra o próprio co-obrigado que já havia exercido o seu direito, e formar-se-ia um ciclo vicioso”.

Ora, é cristalino que nem sempre haverá enriquecimento injustificado por parte de algum dos co-devedores em relação aos demais. Logo, como bem assevere ANTUNES VARELA<sup>130</sup>, não é de admitir-se para o devedor solidário também a sub-rogação, porque configuraria uma “duplicação desnecessária e embaraçosa”.

Por último, entendemos que, nesses casos, sendo unitária a causa em que se apoia a relação jurídica solidária e sendo o fim prático perseguido único, não pode admitir-se que surjam dois regimes jurídicos distintos e duas operações diferentes para explicar o mesmo fenômeno. Estamos com RUBIO GARRIDO<sup>131</sup>, para quem, ao exemplificar as situações de fiança solidária, discorda da doutrina que biparte a relação jurídica, afirmando a existência – naquele caso – de fiança nas relações externas e solidariedade nas internas (o oposto do exemplo *paradigma*).

Segundo o autor, não se pode considerar que uma explicação comum seja boa por si só. Ademais, a fiança não estaria *adormecida*, *latente*, como afirmam alguns, até o cumprimento da obrigação. Ao contrário. Acrescenta que nas relações credor-fiador, a fiança solidária é fiança. O credor aceitou uma fiança, contou com uma fiança, e como fiança se haverá tributado. A fiança, portanto, não estaria adormecida e suspensa antes do pagamento (ou circunstância equivalente). Está operativa, produzindo seus efeitos contratuais, requintadamente fidejussórios.

Da mesma forma que este segue sendo um fiador, embora se lhe apliquem normas da solidariedade no caso da fiança ser solidária, também na *solidariedade em garantia*, entendemos que esta não deixa de ser solidariedade seja desde um determinado ponto de vista (do credor em relação aos co-devedores) ou de outro ponto de vista (entre os co-devedores), embora se lhe possam eventualmente aplicar ou ao menos socorrer-se por analogia a algumas normas da figura matriz das obrigações pessoais (fiança).

---

<sup>130</sup> ANTUNES VARELA. *op. cit.*, p. 784, nota 1.

<sup>131</sup> RUBIO GARRIDO. *op. cit.*, p. 46 e ss.

A própria afirmativa de que o devedor solidário (na solidariedade em garantia) ou o fiador solidário (na fiança solidária) são tratados, no primeiro caso, como se fiador fosse e, no segundo, como se devedor solidário fosse, é mais uma pista de que o devedor solidário continua a ser devedor solidário e o fiador continua a ser fiador.

A visão reducionista no sentido de tentar explicar determinada função de uma figura jurídica através da sua *aproximação* a outra não é, nem de longe, a melhor maneira de compreender e interpretar o seu adequado regime. É apenas e tão somente reveladora do que o próprio nome diz: que a figura não é a outra, antes continua sendo a mesma (e própria) aplicada com um fim diverso do qual fora explicitado pelo legislador.

LEON ALONSO<sup>132</sup> resume bem este posicionamento, afastando a existência de fiança em qualquer caso de solidariedade, ao afirmar que:

*La falta absoluta de toda idea de afianzamiento en la vertiente activa de la solidariedade, la incongruencia que supondría caracterizar de accessoria o subsidiaria cualquiera de las diversas deudas recayentes sobre alguns de los codeudores, o la falta de toda posibilidad de subrogación, de deudor solidário que paga, en los derechos de acreedor, por el contrario, de lo que ocurre con el fiador respecto del obligado principal.*

Ademais, nos parece extremamente simplista e falacioso o argumento de que uma coisa será algo frente a um e algo distinto frente a outro, o que poderia afrontar os princípios da identidade e da não contradição.

Lembre-se, ainda, que o devedor precisa ter conhecimento de que está assumindo a posição de devedor principal e não de fiador. Como vimos, alerta a doutrina, especialmente JANUÁRIO GOMES<sup>133</sup>, para o fato de o interesse econômico não ser essencial para a intervenção do terceiro na relação solidária, mas sim a sua ciência inequívoca no sentido de que este não está a assumir uma posição de mero *garante* em segunda linha (acessório) e sim a de devedor em primeira linha (em igualdade de condições com o devedor primário).

---

<sup>132</sup> LEON ALONSO, *Op. cit.*, p. 35.

<sup>133</sup> JANUÁRIO GOMES, *op. cit.*, p. 103.

Conclui-se que estamos diante de uma única figura jurídica, cujas relações serão sempre ditadas pelas normas da solidariedade passiva. Afasta-se, pelas razões enumeradas acima, o entendimento no sentido de aplicar ao caso *paradigma* as normas da fiança no plano interno, uma vez que o esquema de funcionamento das solidariedade é um só (e seu estudo, apenas para facilitar a compreensão, dividido no que se convencionou chamar de relações externas e relações internas), e deve assim receber unitariamente tratamento legal.

#### 4.3.2 FIANÇA COM RENÚNCIA PRÉVIA AO BENEFÍCIO DA EXCUSSÃO?

Para outros autores, a exemplo de ANTUNES VARELA <sup>134</sup>, a solidariedade em garantia não passaria de uma fiança com renúncia prévia ao benefício da excussão. Parte do que se disse no ponto anterior, e que pode ser ora aplicado, já revela que não guardamos adesão a corrente em tela.

ROMANO MARTINEZ é adepto dessa concepção, como se verifica da seguinte passagem:

O estabelecimento de um regime de solidariedade passiva (artigos 512º e seguintes do Código Civil) pode advir de um acordo entre o devedor e um garante; este acordo, não tendo os requisitos de forma da fiança, constitui uma garantia idêntica a esta última, sem benefício da excussão<sup>135</sup>.

Como restou demonstrado, a fiança é figura totalmente diversa da solidariedade, embora guarde com ela algumas afinidades. No Direito Espanhol, como informa RUBIO GARRIDO<sup>136</sup>, a conexão estreita que se traça entre o benefício da excussão e o da divisão não pode afastar os perfis diferenciados da fiança e da solidariedade passiva. Na *práxis* castellana, informa o autor, é indubitável que se mesclam normas aplicáveis a uma e outra figura, mas na doutrina não se chegou ao grau de confusão que se fazia na França.

Transpondo tal pensamento para o nosso direito, reiteramos que o fiador sempre estará obrigado de forma secundária, acessória em relação ao

<sup>134</sup> ANTUNES VARELA. *op. cit.*, p. 780.

<sup>135</sup> ROMANO MARTINES. *op. cit.*, p. 254.

<sup>136</sup> RUBIO GARRIDO, *op. cit.*, p. 34.

devedor principal. A sua relação jurídica depende da relação jurídica principal, o que não ocorre na *solidariedade passiva em garantia*.

ARNOLDO WALD<sup>137</sup> distingue os institutos, afirmando que:

Assim sendo, verifica-se, de imediato, que não há possibilidade de confundir o devedor solidário, que está presente na relação jurídica originária, com o fiador que é responsável, na relação secundária ou decorrente, sem ser nem ter sido devedor, embora a este possa ser, eventual e expressamente, equiparado (...) Enquanto fiança é uma garantia pessoal dada à obrigação, a solidariedade é uma maneira de ser ou uma forma das obrigações (originárias) que impede a divisão, seja do crédito (solidariedade ativa), seja do débito (solidariedade passiva).

Para LOUIS JOSSEERAND<sup>138</sup>, enquanto o caucioneiro nada mais é que um devedor de segundo plano, que deve apenas em caso de o devedor principal não pagar, os co-devedores solidários são todos devedores principais de primeira linha, resultando disso que o caucioneiro demandado pelo credor pode opor-lhe a exceção de excussão, mas este recurso é estranho à solidariedade passiva, em cujo regime não há devedores de segunda linha, senão simplesmente devedores, co-devedores. É por isso que a solidariedade de devedores oferece ao credor maior segurança que a caução, já que no último caso o devedor e o caucioneiro são devedores situados por uma mesma obrigação, mas em planos diferentes.

Posto isso, a solidariedade deve distinguir-se da fiança<sup>139</sup>, já que constituem institutos inconfundíveis, com histórico, regime jurídico e efeitos próprios, diferenciando-se, ainda, quanto às condições e modo de contratação. Na solidariedade passiva, há uma ligação entre pretensões independentes entre si, com vicissitudes próprias; enquanto que na fiança a *acessoriedade* faz com que a garantia esteja vinculada ao crédito principal, de tal maneira que não há qualquer autonomia na resposta aos acontecimentos: o direito de garantia se comporta como se comporta o direito de crédito principal.

<sup>137</sup> WALD, Arnoldo. Solidariedade e fiança. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 28, n. 109, jan-mar. 1991, . 257 e ss.

<sup>138</sup> JOSSEERAND *apud* WALD, Arnoldo. *op. cit.*, p. 263.

<sup>139</sup> JORDANO BAREA, Juan B. *Las Obligaciones Solidarias*. Anuario de Derecho Civil, Madrid, jul.-sep. 2002, p. 857, bem distingue os institutos da fiança e da solidariedade passiva.

Não fosse assim, como explicar as defesas colocadas à disposição dos co-devedores? Mais. Como explicar que, com a falência de um, por exemplo, os outros continuem obrigados ao pagamento? Como explicar, ainda, o *direito de regresso*? Por tudo isso, não entendemos ser possível, como visto, dividir o mesmo instituto em duas relações jurídicas submetidas a normas distintas, quando – na realidade –, apenas um regime é de se aplicar. De igual modo, não se pode pretender equiparar o caso em apreço à fiança, já que o devedor-garante se obrigou em igualdade de condições frente ao credor comum e com este travou uma relação jurídica própria. Da mesma forma, o credor contou com a solidariedade desde o início, jurídica e financeiramente.

Por conseguinte, basta imaginar que, morrendo o afiançado ou, tornando-se ele incapaz, liberado estará o fiador, mesmo que sem benefício da excussão. Ademais, imaginando-se que o credor perdoasse a dívida em relação ao devedor principal, o fiador nunca poderia ser compelido ao seu pagamento. Não é isso que acontece quando um devedor internamente nada deve, já que continuará a dever o *todo*, e a morte do devedor primário também não libera o devedor secundário.

Imagine-se, por fim, a seguinte hipótese: se realmente estivéssemos perante uma fiança, e se o credor concedesse ao devedor um prazo maior sem o consentimento do garante solidário, condenaríamos o fiador a pagar ainda assim, ou restaria esse liberado da fiança? Evidentemente que, por ser acessória ao principal, poderia o fiador liberar-se, o que jamais ocorreria com o devedor solidário, mormente em razão do disposto no artigo 512º,2.

A renúncia ao benefício da excussão significa, tão somente, que o fiador aceitou ser demandado sem que se esgotassem os bens do devedor principal ou os meios de execução contra este, mas não quer isso dizer que o pagamento do débito por ele assumido se tornou igualmente principal. Explica-se melhor: a fiança sem benefício da excussão sempre fiança será, ainda que se apliquem a ela regras da solidariedade. O mesmo raciocínio é de se aplicar em relação à solidariedade convencionada com função de garantia, que continuará a ser uma solidariedade, sem que demande a substituição de norma jurídica alguma.

Adiciona-se a isso que, aplicarem-se regras a um instituto jurídico de outro (no caso de haver silêncio da lei em relação a algum dado específico) não transforma a sua natureza. Dito isso, entenda-se em definitivo que a fiança sempre terá por base o que venha a ocorrer com o contrato principal, ao contrário da solidariedade. Nesse caso, também, assim como dito anteriormente, o credor e os devedores terão contado com uma solidariedade, aceite uma solidariedade, econômica e juridicamente. Se o garante solidário se aproxima ao fiador, mais uma vez verifica-se que fiador não é. A fiança, por outro lado, sendo solidária, não está também suspensa até o adimplemento. Está plenamente operativa, produzindo seus normais e regulares efeitos.

Bem se vê que os defensores desta ideia, limitam-se em muitos casos a aduzir que o devedor secundário atua “*como se*” fiador fosse, o que por si só explicita a confissão no sentido de estarmos diante de institutos heterogêneos. A confusão entre os institutos apenas gera maiores incertezas quanto à aplicação do regime jurídico adequado: em qual medida ou até que ponto se pode considerar a aludida aproximação entre devedor e fiador? Em que hipóteses será correto aplicar normas de uma ou de outra figura? Certo é que o devedor secundário (que internamente nada deve) não se converte em fiador, tampouco a sua obrigação torna-se acessória ou procedente de títulos distintos pelo só fato de organizar-se internamente com seus co-devedores de molde a que não lhe possam dirigir ação de regresso.

Reconhecido esse equívoco <sup>140</sup>, e tendo-se em mente que a solidariedade é um esquema de organização da pluralidade de devedores, a ampla liberdade contratual lhes permite, como é notório, ditarem o que pretendem que lhes suceda nas suas relações uns com os outros. Os efeitos da ação de reembolso, das exceções pessoais e demais aspectos que se verificam no plano interno, podem variar de acordo com as particularidades de cada relação solidária, sem que isso implique qualquer mínima alteração da sua essência.

---

<sup>140</sup> RUBIO GARRIDO, *op. cit.*, p. 64, apresenta a doutrina que admite diferenciar, no seio da solidariedade de devedores, dois subtipos: a solidariedade paritária, homogênea ou ordinária e a solidariedade dependente, heterogênea ou acessória, também chamada de solidariedade fidejussória (DELGADO, FERRIOL, CASANOVAS, PEREZ ÁLVAREZ, dentre outros), entendendo como compatível com a solidariedade o traço de *acessoriedade*, ao que discordamos por completo.



Por essas razões, também não nos filiamos a doutrina que tenta explicar a solidariedade passiva em garantia, afirmando que esta não passaria de uma fiança com renúncia prévia ao benefício da excussão.

#### 4.3.3 ASSUNÇÃO CUMULATIVA DE DÍVIDA?

Há ainda uma possível confusão da *solidariedade passiva com função de garantia* com a assunção cumulativa de dívida (artigo 595º, 2). Isso porque, na assunção cumulativa, um terceiro assume – junto com o devedor – a dívida a que o primeiro estava obrigado, passando ambos a responder de forma solidária. Apesar de ser este o instituto que mais se aproxima do caso em exame, também com ele não se deve confundir.

A assunção cumulativa está prevista no artigo 595º do Código Civil<sup>141</sup>, sendo definida como:

o acto pelo qual uma pessoa substitui outra na posição de devedora de uma determinada quantia, fazendo sua a posição passiva até então ocupada pelo transmitente na relação de crédito, contanto que, para o efeito, obtenha o acordo do credor, sendo este assentimento que torna fixo e irrevogável o contrato de assunção<sup>142</sup>.

Vê-se, logo, que os requisitos da assunção cumulativa são: a) a substituição da posição do devedor originário ou a assunção da dívida junto com o devedor originário (assunção cumulativa) e b) o consentimento do credor.

---

<sup>141</sup> Artigo 595º (Assunção de dívida). – 1. A transmissão a título singular de uma dívida pode verificar-se:

a) Por contrato entre o antigo e o novo devedor, ratificado pelo credor;  
b) Por contrato entre o novo devedor e o credor, com ou sem consentimento do antigo devedor.

2. Em qualquer dos casos a transmissão só exonera o antigo devedor havendo declaração expressa do credor; de contrário, o antigo devedor responde solidariamente com o novo obrigado”.

<sup>142</sup> Definição contida no Acórdão do STJ, 18-5-1999, BMJ, 487º-324, e RLJ, 133º-303, com anotação de Henrique Mesquita *apud* NETO, Abílio. *Op. cit.*, p. 685.

Trata-se, assim, de uma transmissão ou assunção da dívida (pressupõe uma dívida pré-existente) com todas as vicissitudes que lhe são próprias. A confusão está no n. 2 do artigo 595º do Código Civil, que dispõe que – em qualquer dos casos – o antigo devedor responde solidariamente com o novo obrigado, exceto no caso de o credor o exonerar expressamente. Daí a que a doutrina invoque o instituto da assunção como um caso de solidariedade passiva imperfeita.

Ora, na realidade, estamos diante de outro caso de aplicação das normas da solidariedade passiva, o que não significa dizer que a solidariedade passiva convencionada com função de garantia seja figura equiparável à assunção cumulativa de dívida, tampouco que a assunção cumulativa (figura jurídica autônoma) seja uma solidariedade imperfeita ou imprópria.

Ao analisar-se a função do instituto (assunção cumulativa de dívida), a nosso sentir, fica evidente a finalidade de garantia: o novo devedor ingressa na relação jurídica com o intuito de reforçar a satisfação do crédito. Porém, o faz de forma subordinada, já que a relação que trava com o credor não é absolutamente independente da relação do devedor originário.

Logo, embora subordinada às normas da solidariedade passiva, o modelo operacional da assunção cumulativa de dívida é diverso daquele, havendo diferenças bastante significativas entre os institutos em análise.

Ao distinguir a fiança da assunção cumulativa, JANUÁRIO GOMES<sup>143</sup> informa que enquanto o fiador promete responder por uma dívida alheia, o assuntor assume uma obrigação própria<sup>144</sup>. Daí, é verdade, a semelhança da assunção cumulativa de dívida com a solidariedade em garantia. Porém, alerta o mesmo autor para o fato de que a assunção cumulativa pressupõe um interesse econômico ou próprio imediato do assuntor, enquanto o mesmo não ocorre nem com o fiador nem, a nosso sentir, com o garante solidário.

---

<sup>143</sup> JANUÁRIO GOMES, *Op. cit.*, distingue, ainda, três modalidades de assunção cumulativa de dívidas, quais sejam: assunção liberatória, assunção cumulativa e assunção liberatória com reserva de garantia, “figura que tem expressão no artigo 600º e que assume, a final, uma feição peculiar, já que o primeiro devedor surge agora como devedor secundário subsidiário, deixando o primeiro plano ao novo devedor”, p. 105.

<sup>144</sup> *Idem*, *Op. Cit.*, p. 275.

Ademais, enquanto na *solidariedade passiva em garantia*, sob o ponto de vista do credor, todos os devedores são iguais, tendo as suas obrigações sido constituídas na mesma altura (já nasce com o intuito de reforço do vínculo jurídico), na assunção cumulativa, o garante assume a dívida em momento posterior ao contrato original. Como bem pondera PESTANA DE VASCONCELOS<sup>145</sup> ao distinguir os institutos:

No que toca à solidariedade como instrumento de garantia, a diferença começa logo por se afirmar aquando da constituição da obrigação. Na solidariedade, desde o início que estamos perante uma obrigação plural pelo lado passivo nesse regime. A obrigação nasce como plural e solidária. Na assunção cumulativa de dívida, a obrigação nasce só com um devedor. Só mais tarde passa a solidária por força do acordo que tem como efeito (entre outros) a assunção.

Por decorrer de uma transmissão da dívida, o assuntor pode aproveitar-se dos meios de defesa do devedor de modo muito mais amplo do que o devedor solidário (que só pode se socorrer dos meios de defesa comuns, além dos próprios)<sup>146</sup>. É o que ocorre quando o antigo devedor, por exemplo, tiver invocado contra o credor um meio de defesa pessoal: o assuntor (novo devedor) aproveitará deste meio de defesa, e pode até mesmo extinguir a sua obrigação por meio desta (artigo 598º). Isso decorre do fato de o novo devedor receber a dívida na forma como esta se encontra<sup>147</sup>.

Ao contrário, como vimos, na solidariedade passiva, dispõe o artigo 519ª, nº 2 do Código Civil que a oposição de um meio de defesa por um dos co-devedores solidários não inibe o credor de exigir a prestação dos restantes.

<sup>145</sup> PESTANA DE VASCONCELOS, *Op. cit.*, p. 191-192.

<sup>146</sup> MENEZES LEITÃO, Luis Manuel Teles de. *Direito das Obrigações*, Vol. II, 3ª edição, 2005, Almedina, p. 60.

<sup>147</sup> Apesar disso, ressalta MENEZES CORDEIRO in *Tratado de Direito Civil Português, Direito das Obrigações, Tomo IV, Cumprimento e Não Cumprimento, Transmissão, Modificação e Extinção, Garantias*, 2010, editora Almedina, p. 240, que: “a existência normal de uma fonte originante da assunção não é necessária para a subsistência desta.”

Também o direito de regresso opera de modo diverso. Sendo certo que na assunção o direito de regresso se exerce em uma só mão/sentido, é inadmissível que, prescrita a obrigação do antigo devedor, o novo gozasse contra este do direito de regresso previsto no artigo 521º.

Por último, ao contrário do que ocorre com o caso julgado (522º) nas hipóteses de solidariedade passiva, na assunção cumulativa de dívida, o caso julgado que tiver obtido o credor contra o devedor originário é também extensível ao novo devedor, podendo, no entanto, este invocar contra o credor os meios de defesa pessoais de que seja titular.

MENEZES LEITÃO<sup>148</sup>, ao discorrer sobre a assunção cumulativa, destaca que:

O facto de a sua responsabilidade se basear nessa aquisição leva, no entanto, a que o conteúdo da obrigação do assuntor coincida com a obrigação do primitivo devedor, e daí que o assuntor adquira igualmente as obrigações acessórias do antigo devedor que não sejam inseparáveis da pessoa deste (Art. 599, n. 1). No entanto, após a assunção da dívida essa ligação com a obrigação do primitivo devedor não se mantém, desenvolvendo-se as duas obrigações autonomamente.

É de se notar, por todo o exposto, que há uma subordinação da posição do assuntor à obrigação do primeiro devedor, o que explica a não aplicação à assunção cumulativa do disposto nos artigos 521º, 1 e 522º do Código Civil, que tratam da prescrição e do caso julgado.<sup>149</sup>

Logo, há normas específicas da assunção de dívida não aplicáveis ao caso em questão e vice-versa. Os regimes são distintos e a assunção cumulativa faz uso do regime da solidariedade passiva, mas não de forma geral e indiscriminada, já que deve respeitar o seu regime próprio. Não se pode esquecer que a transmissão da dívida, na assunção, envolve a transmissão das garantias e acessórias, o que significa que o novo devedor assume todo o vínculo jurídico obrigacional, abrangendo também os deveres de prestação secundários e acessórios de informação, lealdade e proteção<sup>150</sup>.

<sup>148</sup> MENEZES LEITÃO. *op. cit.*, p. 142.

<sup>149</sup> JANUÁRIO GOMES, *Op. Cit.*, p. 258.

<sup>150</sup> MENEZES LEITÃO, Luis Manuel de. *Direito das Obrigações, op. cit.*, p. 62.

Em termos conceituais, nos parece absolutamente clara a distinção entre ambas as figuras jurídicas, embora na prática possa ocorrer alguma confusão. A questão central a examinar, nestes casos, é a origem da dívida: se já nasce com dois devedores em igualdade de condições ou se o co-devedor vai assumir ou substituir a posição contratual do originário.

Pelas razões antes expostas, não é de se admitir que a solidariedade passiva quando convencionada com função de garantia seja equiparada à figura jurídica da assunção cumulativa de dívida, como pretendem alguns, tendo em vista as diferenças acima delimitadas.

#### 4.3.4 SOLIDARIEDADE IMPERFEITA (IMPRÓPRIA OU APARENTE)?

Por fim, há quem afirme que a solidariedade convencionada como garantia seria outra hipótese do que alguma doutrina convencionou chamar de *solidariedade imperfeita*, também denominada *imprópria* ou *aparente*.

O professor Pestana de Vasconcelos<sup>151</sup>, por exemplo, aduz:

Na prática contractual, em particular bancária, o recurso à solidariedade passiva consiste num instrumento bastante utilizado para responsabilizar duas pessoas pela mesma dívida. Tal acontece muitas vezes com os cônjuges, porque a instituição de crédito prefere ter dois devedores, solidariamente obrigados, o que significa que pode exigir a prestação por inteiro a qualquer um deles, em vez de uma obrigação singular. Condiciona assim a concessão de crédito à intervenção dos dois sujeitos na posição de obrigados solidários.

Internamente, porém, só um deles será obrigado, pois trata-se de um caso de solidariedade imperfeita em que nas relações entre os obrigados há só um devedor. A intervenção do outro foi, geralmente, uma simples intervenção de favor destinada só a permitir a obtenção de crédito pela sua responsabilização pessoal por esta via. (Sublinhou-se)

A solidariedade diz-se *imperfeita ou aparente*, essencialmente, quando um ou alguns dos devedores, nas relações internas, nada deve. Dessa forma, não

---

<sup>151</sup> PESTANA VASCONCELOS, *op. cit.*, p. 182.

haveria direito de regresso ou, no caso do devedor *garante* adimplir a prestação, o regresso seria *pleno*, a exemplo do caso tipificado no artigo 500º, nº 1 (do comitente e do comissário) do Código Civil. É também, para alguns, o caso da *solidariedade em garantia*, ora objeto do estudo.

Assim, porque faltaria o direito de regresso, não se preenchendo supostamente todos os requisitos dos artigos 512º a 527º do Código Civil, determinada doutrina convencionou chamar os casos em tela de *solidariedade imperfeita*, em oposição aos casos de exata subsunção legal, que seriam os de *solidariedade perfeita*.

Nesta linha, os autores mais antigos, fortemente influenciados pelo romanismo, procuravam distinguir a solidariedade perfeita, ou correalidade, da solidariedade imperfeita. José Carlos Brandão Proença<sup>152</sup>, a seu turno, afirma que, no sistema francês, a utilização da chamada *solidariedade imperfeita* foi uma tentativa da jurisprudência de integração de uma lacuna legal no seio da responsabilidade civil. Entende-se que, em nosso Direito, não cabe tal distinção.

Ora, a explicação não nos convence. Estamos, por isso, na esteira de VAZ SERRA<sup>153</sup>, que nega a existência deste tipo de solidariedade enquanto categoria. Pensamos, igualmente, que o fato de não haver regresso no plano prático não é suficiente para considerar a solidariedade chamada imperfeita fora dos casos de solidariedade. As regras não se aplicam por analogia, antes sendo um caso que se subsume ao tipo legal, conquanto não perfeitamente.

O conceito de solidariedade é amplo, não se restringindo às hipóteses chamadas perfeitas, ou seja, aquelas nas quais há uma subsunção exata da situação fática ao tipo legal. Isso porque, ao legislador, como já visto, impossível será prever com elasticidade todos os casos, não se exigindo que, na concretização, os requisitos se manifestem de forma idêntica à positivada.

---

<sup>152</sup> PROENÇA, José Carlos Brandão, *op. cit.*, p. 102.

<sup>153</sup> VAZ SERRA, *op. cit (Pluralidade de Devedores ou de Credores...)*, p. 350.

Ao contrário, há hipóteses, como algumas legais (a exemplo dos artigos 500º, n. 3<sup>154</sup> e 507º, n. 2<sup>155</sup>), em que, na prática, falte um elemento não essencial ao regime da solidariedade<sup>156</sup> (ou, nos termos do que defendemos, um elemento que não precise se manifestar no plano prático), como é o caso do regresso parciário. Em tais casos, um ou mais devedores nada devem internamente, de modo que se algum deles satisfizer a obrigação, ficará com o direito de regresso pleno contra o devedor cuja obrigação é assegurada, e este, pelo contrário, se pagar, não tem direito de regresso contra os outros.

Há autores, a exemplo de MOURLON<sup>157</sup> que afirmavam que a solidariedade era de se considerar perfeita quando existente entre várias pessoas um interesse comum, tendo estas uma relação frequente entre si, *“y, por el contrario, será imperfecta cundo la ley la establece entre personas que no se conocen, no son sino codeudores accidentales o cuando sus relaciones son esporádicas”*.

Por outro lado, havia a corrente (AUBRY ET RAU)<sup>158</sup> que defendia que bastaria a condenação solidária para que esta solidariedade inicialmente tida como imperfeita *“quede, por completo, perfeccionada y equiparable a la más estricta solidariedade”*.

<sup>154</sup> Artigo 500º – 1. Aquele que encarrega outrem de qualquer comissão responde independentemente de culpa, pelos danos que o comissário causar, desde que sobre este recaia também a obrigação de indemnizar.

2. A responsabilidade do comitente só existe se o facto danoso for praticado pelo comissário, ainda que intencionalmente ou contra as instruções daquele, no exercício da função que lhe era confiada.

3. O comitente que satisfizer a indemnização tem o direito de exigir do comissário o reembolso de tudo quanto haja pago, excepto se houver também culpa da sua parte; neste caso será aplicável o disposto no nº 2 do artigo 497º.

<sup>155</sup> Artigo 507º - 1. Se a responsabilidade pelo risco recair sobre várias pessoas, todas respondem solidariamente pelos danos, mesmo que haja culpa de alguma ou algumas.

2. Nas relações entre os diferentes responsáveis, a obrigação de indemnizar reparte-se de harmonia com o interesse de cada um na utilização do veículo; mas, se houver culpa de algum ou de alguns, apenas os culpados respondem, sendo aplicável quanto ao direito de regresso, entre eles, ou em relação a eles, o disposto no nº 2 do artigo 497º.

<sup>156</sup> PROENÇA, José Carlos Brandão, *op. cit.*, p. 108, ao tratar do direito de regresso, aduz: “Não se trata, contudo, de uma característica essencial da solidariedade passiva, já que a sua existência depende da posição do devedor solvente na relação que gerou o vínculo solidário (é paradigmático o que sucede no seio da solidariedade comitente-comissário).

<sup>157</sup> MORLON, Répétitions écrites sur le Code Civil, III, Paris, 1896, num. 1260, apud ALONSO, José Ricardo Leon. La Categoria de La Obligacion in solidum, *op. Cit.*, p. 32.

<sup>158</sup> *Idem*, p. 34 e ss.

O próprio ALONSO<sup>159</sup> pronuncia-se no sentido de não haver qualquer admissibilidade na classificação antes indicada, considera prejudicial o mecanismo de coexistirem dois tipos de solidariedade, não se justificando essa discriminação. Prossegue o autor afirmando que a primeira corrente, que pretende definir a perfeição ou imperfeição da solidariedade pelo vínculo pessoal existente, é falha. Isso porque, desconsidera por completo os casos de solidariedade legal. Ademais, o próprio motivo que moveria as pessoas a contraírem obrigações solidárias é indiferente, já que se estabelece de forma inequívoca o caráter desta obrigação, independentemente de tais fatores.

Quanto à segunda corrente, não há – a seu ver (e nós concordamos) – qualquer sentido em determinar uma imperfeição no nascimento da obrigação para, em momento posterior (com a condenação do tribunal, por exemplo) passar a considerá-la perfeita, mesmo porque os tribunais, ao proferirem essa decisão, estariam apenas declarando uma obrigação solidária previamente existente.

Logo, não há qualquer sentido em se recorrer a dois tipos de solidariedade.

Assim se veem muitas formas e tentativas de criar dois tipos distintos de solidariedade passiva. Mais modernamente, surgem vozes – como vimos – que procuram classificar a solidariedade em imperfeita quando lhe falte o direito de regresso, caso no qual se enquadraria o nosso exemplo em estudo.

Seja de uma ou de outra maneira, não nos parece que haja qualquer utilidade prática nesta distinção.

De outro lado, há também elementos que são essenciais à caracterização da solidariedade e que devem estar presentes. Admite-se que o Código mencione os pressupostos mínimos para a existência de uma dívida solidária e, como não poderia ser diferente, as várias obrigações devem ser de mesmo grau. No entanto, tanto os chamados casos de *solidariedade perfeita*,

---

<sup>159</sup> *Ibidem*, p. 34 e ss.



quanto de *imperfeita*, não passam de uma tentativa inútil de distinguir o que no fundo é a mesma coisa: solidariedade passiva.

DIETER MEDICUS<sup>160</sup> resume em poucas palavras o que se pensa: “*Sin embargo, no se ha logrado nunca, de forma adecuada delimitar reciprocamente ambas clases. (...)*”.

O *regresso*, como já analisamos, quando o distinguimos da sub-rogação, pretende restabelecer o equilíbrio patrimonial na relação interna. Surge, porém, com caráter eventual<sup>161</sup>. VAZ SERRA aduz:

Pode, pois, determinar-se, expressa ou tacitamente, que as partes dos devedores sejam desiguais ou até que só um deles deva suportar todo o encargo da dívida. Esta última hipótese é especialmente prevista nos Códigos Francês (art. 1.298º), brasileiro (art. 915º), no Projeto franco-italiano (art. 148º), no Anteprojeto brasileiro (art. 233º).

Com efeito, o *regresso* pode se manifestar integralmente (quando apenas um suporta a carga toda) ou pode não se manifestar (quando paga quem efetivamente deve e nada pode reclamar dos outros). O fundamento do direito de *regresso*, como dito, é equilibrar a relação patrimonial, permitindo o reembolso daqueles que suportarem a dívida além da sua quota, a fim de evitar o enriquecimento injustificado. Mas, certo é que situações podem ocorrer nas quais não há equilíbrio a restabelecer e, portanto, nas quais não se verificará a ocorrência do *regresso* na prática<sup>162</sup>.

Na contramão do que se disse (e há inúmeras outras correntes acerca do direito de *regresso* que, infelizmente, não teremos oportunidade de analisar), BARASSI<sup>163</sup> afirma que malgrado o *regresso* (cujo co-devedor que tenha pago tem direito pela parte que é de pura *garantia* e que excede a própria parte – como se observa, o autor é adepto desta teoria), não seja consequência orgânica da

<sup>160</sup> DIETER MEDICUS, *op. cit.*, p. 369.

<sup>161</sup> VAZ SERRA, *op. cit.*, (*Pluralidade...*), pp. 213-221.

<sup>162</sup> Para uma análise aprofundada do assunto, a que infelizmente a exiguidade do estudo não nos permite adentrar, remetemos a VAZ SERRA, *Idem*, que exemplifica as diversas situações envolvendo o direito de *regresso*.

<sup>163</sup> BARASSI, *op. cit.*, p. 213 e ss.

solidariedade, é certo que o legislador tem regulado este regresso como consequência normal da solidariedade.

Conclui-se que o direito de regresso, apesar de ser traço característico da solidariedade, só se manifestará no plano prático quando um dos devedores realizar um sacrifício maior do que os outros, excedendo a sua quota parte. Do contrário, não haverá que se falar em excesso; consequentemente, não será necessário qualquer reembolso.

O fato em si não desnatura a existência de solidariedade. E é por isso que reiteramos o nosso entendimento no sentido de não ser de nenhuma utilidade prática a distinção entre *solidariedade perfeita e imperfeita*. A solidariedade é uma só e continuará a existir ainda que se dispense o direito de regresso nas situações em que um dos devedores internamente nada deve<sup>164</sup>.

O mesmo BARASSI, em relação à possibilidade de distinguir-se entre esses dois alegados tipos de solidariedade, também a afasta, afirmando que esta deve ser vista como um instituto único, qualquer que seja a razão para a formação do grupo coletivo, o que é confirmado pelo absoluto silêncio do Código acerca de uma distinção entre solidariedade legal e convencional. Diverge o autor, no entanto, do que ora se defende, ao dispor que os casos de solidariedade legal, em razão da ausência de interesse comum do grupo, seria uma pseudo solidariedade, em contraposição aos casos de verdadeira solidariedade (com garantia recíproca).

Abstraídos tais pormenores que merecerem uma análise mais detalhada em outra oportunidade, por tudo o que restou exposto, também não entendemos que o caso *paradigma* deva ser taxado como um caso de *solidariedade imperfeita (ou aparente)*, uma vez que a solidariedade é um instituto único e assim deve ser tratada.

---

<sup>164</sup> Ao apreciar o tema, também FARIA, Jorge Leite Areias Ribeiro de. *Direito das Obrigações*, v. II, Coimbra: Almedina, ensina “Anote-se, todavia, que nem o reembolso é necessariamente uma quota fixada (por igual) em função do número de condevedores, e que haverá até situações desacompanhadas de todo o direito de regresso, não obstante, neste último caso, não deixar de haver também autêntica solidariedade entre devedores”.

É neste sentido, como já acima indicado, mas que permitimo-nos destacar neste contexto com maior ênfase, o entendimento manifestado na ementa proferida pelo Supremo Tribunal de Justiça, cujo Relator, o ilustre Desembargador Dr. Rui Corte Real, de 28 de julho de 1981, manifesta no acórdão proferido no processo n. 068643 e explica:

“E o facto da Lei Uniforme impor como principal responsável o aceitante da letra, não podendo este exigir a prestação efectuada por si a qualquer outro responsável, isso não impede que se trate de obrigação solidária, pois é o próprio artigo 516, que prevê esta hipótese, visto aceitar que nas relações internas entre os vários devedores solidários, da relação jurídica entre eles existente resulta que são diferentes as suas partes, ou que um só deles deva suportar o encargo da dívida, que é, precisamente, a hipótese das obrigações cambiárias e de outras, como o mostra o Professor Vaz Serra, loc. Cit., pagina 189, e acordºao deste Supremo de 27 de novembro de 1979, Boletim n. 291, página 434. E, assi, o artigo 524 do Código Civil não se opõe ao que se permite no seu artigo 516, mas tao-somente regula o caso mais vulgar de a solidariedade na obrigação respeitar a vários devedores com participações diferentes ou iguais na dívida. **Não se vê, pois, qualquer razão para que o conceito legal de solidariedade, acima definido, não compreenda também o que vem sendo chamado solidariedade imperfeita, ou seja, quando só um dos devedores responsáveis e o principal devedor, isto é, quando um só deles, nas relações internas, deve suportar o encargo da dívida na sua totalidade. Pode haver nessas relações várias nuances na sua regulamentação, mas o conceito de solidariedade é só um, o do artigo 512, n. 1, do Código Civil, e, como vimos, abarca as dívidas cartulares ou cambiárias e outras, ou seja, aquelas que da relação jurídica existente entre os vários devedores resulte que um só deles deve suportar o encargo da dívida total – artigo 516, parte final, código civil.**” (Destacam-se)

Portanto, diante do que se viu, podemos concluir que a solidariedade passiva convencionada como garantia não afasta a aplicação do regime jurídico que lhe é próprio.

O fato de operar uma modificação no direito de regresso não a desnatura, já que – em não havendo necessidade de que a obrigação, para ser solidária, decorra de uma mesma causa ou fundamento jurídico, por exemplo, em virtude de um mesmo dano, pode o sujeito apresentar-se responsável perante o lesado por ato ilícito, outro pelo risco que lhe seja imputável e um terceiro pela infração de um dever contratural de diligência, há casos de solidariedade legal no qual haverá regresso integral.

Nestes casos, muito embora ausente a *eadem causa obligandi*, a solidariedade existirá. Na solidariedade passiva em garantia, de igual modo, haverá uma modificação seja na *eadem causa obligandi*, seja ainda no direito de regresso. Nada disso afasta o regime jurídico da solidariedade, de ampla aplicabilidade consoante o disposto no artigo 512º e seguintes do Código Civil.

Logo, e por assim ser, não há qualquer sentido para “apelidar” a solidariedade em garantia de imperfeita, imprópria ou aparente, a exemplo do que fazem alguns autores e com os quais não guardamos adesão.

## 5. CONCLUSÃO

As soluções quase sempre insatisfatórias até hoje apresentadas pela doutrina, que pouco se aprofunda no tema, nos levou a examinarmos com maior detalhamento a hipótese de *solidariedade em garantia*. Sem que se pudesse esgotar o estudo desta figura jurídica, que a exiguidade do tempo não permite, conseguimos chegar a algumas conclusões preliminares sobre o instituto.

A questão de extrema importância para a conclusão do pensamento a que nos propomos passa, necessariamente, pela análise justamente desta indagação: ao modificar o modo de operar no plano interno da solidariedade passiva (principalmente no que diz respeito ao direito de regresso), estar-se-ia alterando também o núcleo essencial daquele tipo ou restaria este preservado? Seria necessário abandonar o instituto da solidariedade passiva, tipicamente considerado, embora se confira ao instituto uma nova roupagem?

Em outras palavras, na figura em estudo (solidariedade passiva com função de garantia), com as alterações operadas quando um co-devedor internamente nada deve, é mesmo possível continuar a considerá-la dentro do tipo solidariedade passiva, ou alterada restaria a sua essência, de tal forma que desnaturaria esta modalidade de obrigação, criando-se um tipo jurídico diferente (atípico, misto ou imperfeito)?

Como demonstramos ao longo deste trabalho, refutamos a aplicação de regimes jurídicos estranhos à solidariedade passiva convencionada com função de garantia a tais casos, porque pensamos sejam erroneamente utilizados por alguns doutrinadores, e chegamos – finalmente – a inafastável conclusão no sentido de que a *solidariedade passiva em garantia* não provoca nem demanda a substituição de quaisquer das normas do regime jurídico que lhe é próprio.

O instituto, previsto no artigo 512º do Código Civil, de ampla abrangência e interpretação, como se repetiu à exaustão, é um só e plenamente

capaz de comportar a possibilidade de as partes acordarem a sua utilização com função de garantia.

Como também se viu ao longo desta investigação, estamos no campo das relações patrimoniais privadas, no qual a ampla liberdade contratual e a autonomia da vontade encontram maior atuação, sendo as partes contratantes livres para dispor do conteúdo de suas avenças da forma que melhor lhes aprouver, atendidas as situações específicas do caso concreto e respeitados os preceitos de ordem pública e os direitos de terceiros.

Neste contexto, dispõe a lei que poderão as partes não apenas criar novos modelos contratuais, como também aditar cláusulas aos contratos nela tipificados, ou – ainda - misturar dois institutos distintos (contratos atípicos). Está aqui igualmente incluída a possibilidade de utilizarem figuras existentes com função distinta daquela prevista na lei, de forma a refinar e ampliar o âmbito de aplicação daquele determinado instituto jurídico para casos não primariamente pensados quando de sua criação, sem que isso o altere.

Muito embora a solidariedade convencionada com função de garantia altere o funcionamento do direito de regresso no plano prático (podendo este se manifestar integralmente ou, mesmo, não se manifestar) tal dissemelhança ao instituto original não pode ser considerada de ordem tamanha a desnaturar a figura jurídica em análise. Até mesmo porque há casos de solidariedade legal, previstos em lei, no qual o regresso igualmente poderá operar de forma total e isso – por si só – já demonstra que a ocorrência do regresso no plano prático não é elemento essencial da obrigação solidária.

Isso porque, o regresso é um direito (que, portanto, pode ou não operar devido às circunstâncias) e que será proporcional ao que exceder a quota parte do devedor. Logo, é de considerar-se que, se o excesso foi completo, este se dará plenamente, ao passo que pode sequer exceder a quota, circunstância na qual não ocorrerá. No restante, a solidariedade opera em todos os demais aspectos e peculiaridades, aplicando-se-lhes todas as suas regras legais.

Logo, não há motivo para se falar em *solidariedade imperfeita*, já que plenamente contida no amplo conceito do artigo 512º do Código Civil, tampouco razão para falar-se em aplicação por *analogia* do regime da solidariedade às hipóteses nas quais um dos co-devedores internamente nada deve, quando o regime é de se aplicar plenamente.

Portanto, entendemos, como já se teve oportunidade de adiantar, que é totalmente possível realizar as alterações anteriormente indicadas sem que o núcleo essencial da solidariedade passiva sofra importantes modificações em seu esquema de funcionamento. O que, primordialmente, difere é a finalidade buscada com o uso do instituto quando um devedor sirva de *garante* na relação obrigacional e não, propriamente, as normas aplicáveis. Isso porque, o instituto em causa era, é, e continua a ser um esquema que visa organizar a pluralidade de devedores de tal forma que isso represente um reforço na posição do credor, porque se coloca à sua disposição um mecanismo de cobrança mais eficaz.

Ademais, baseamo-nos na premissa de que as garantias não precisam ser acessórias, a exemplo das garantias bancárias, muito embora o estudo da figura matriz de garantia (fiança) seja de extremo relevo para a correta delimitação com as demais figuras de garantia, apesar de modernamente já estar afastada a alegada imperatividade de suas normas.

Assim, não é preciso tentar entender a hipótese através da aplicação de normas de outros institutos jurídicos, como pretendem alguns (seja ao afirmar que se trataria de solidariedade no plano externo e fiança no plano interno, seja ainda ao equiparar o caso em tela à fiança com renúncia prévia ao benefício da excussão ou ao afirmar-se que a hipótese seria de solidariedade imprópria), quando fica claro que a solidariedade, mesmo na eventualidade de funcionar como garantia, estruturalmente nada mais é do que uma solidariedade, que atende e se enquadra plenamente no conceito do artigo 512º do Código Civil. Os requisitos enumerados no tipo legal são mínimos, e o caso em apreço está ali enquadrado.

Afastados, portanto, os regimes acima mencionados, considerados como traços característicos principais da solidariedade: a) a prestação da

integralidade por quaisquer dos devedores e b) a liberação, perante o credor comum, de todos eles e consoante a premissa de que o *direito de regresso* não precisa ocorrer no plano prático ou que possa ainda ocorrer na sua integralidade, entendemos que a postura mais atenta ao ordenamento jurídico português será admitir que o regime jurídico aplicável ao caso *paradigma* só pode ser o da solidariedade passiva, seja nas relações externas ou internas. Neste ponto, deve ser afastado outro mal entendido, na medida em que o estudo da obrigação solidária, para fins meramente didáticos, se divide em dois planos, mas a obrigação permanece sendo a mesma.

Conclui-se que, ao eleger a solidariedade passiva como forma de garantia, tanto credor quanto devedores (desde que, evidentemente, cientes dos termos reais do contrato) a elegeram, a quiseram e contaram com todos os seus efeitos. Perfilhamos, ainda, a opinião de que, no caso em exame, é possível que as partes, em razão da ampla liberdade contratual que lhes compete, e da crescente necessidade atual por garantias que melhor se adequem a situações específicas, especialmente no âmbito bancário, convençionem fazer uso de um regime já existente com função de garantia pessoal.

Vários foram os exemplos mencionados ao longo do estudo de outras figuras jurídicas que igualmente não tiveram na sua gênese a função de garantia, mas que modernamente são utilizadas para esse fim.

É assim que entendemos que, para solucionar o problema exposto, as partes do caso paradigma (A, B e C) estarão sujeitas às normas contidas nos artigos do Código Civil que tratam da solidariedade passiva, mesmo que o regresso – a depender de quem o banco eleger demandar – não se manifeste no plano prático ou, ao revés, que seja *pleno*. O que se modifica é a função dada ao instituto, que atuará com finalidade de garantia pessoal da obrigação pactuada.

Na mesma linha se posiciona VAZ SERRA<sup>165</sup>

Existem por outro lado situações jurídicas que, não sendo obrigações de garantia, por não se acharem estruturadas como tais ou por terem outra função de primária, também visam na

---

<sup>165</sup> VAZ SERRA, *op. cit.*, Garantias Autónomas, p. 277.



prática uma finalidade de garantia: casos da solidariedade passiva, da abertura de crédito documentário, do seguro de crédito.

Com as considerações feitas, esperamos chamar atenção para este importante instrumento jurídico e fomentar o aprofundamento do debate que o tema – apesar da sua relevância - ainda não mereceu por parte dos estudiosos do direito.

Lembre-se, por fim, que a solidariedade passiva em garantia deve ser entendida sob a ótica e concepção de um direito civil dinâmico, que busca, no campo das relações obrigacionais privadas, solucionar as crescentes demandas sociais, não podendo jamais engessar-se, ao abrigo de normas ou tipos legais criados em outras épocas e sob distintos cenários. A interpretação correta de tais normas é elemento essencial para dar efetividade às modernas transações comerciais, que – se melhor entendido e difundido o seu estudo – muito proveito poderão tirar ao valer-se desta importante ferramenta jurídica.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALONSO, José Ricardo Leon. *La Categoria de La Obligacion in solidum*. Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, número 35, 1978.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. *A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica*. Revista de Informação Legislativa, ano 26, nº 102, Senado Federal, Abril-Junho, 1989.

ANDRADE, Manuel A. Domingues de, e ALARCÃO, Rui de, *Teoria Geral das Obrigações*. 3ª edição, Coimbra: Almedina, 1966.

ARRUDA FRANÇA, PEDRO. *Contratos Atípicos – Legislação, doutrina e jurisprudência*, 3ª edição, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2000.

BALLARIN MARCIAL, Alberto. *El sistema Español en Materia de Obligaciones Solidarias: estudio de derecho comparado*. Revista Internacional del Notariado Buenos Aires. Ano 11, nº 41, 1º Trimestre, Junta de Decanos de los colegios notariales de España, 1959.

BARASSI, Ludovico. *La teoria Generale Delle Obligatione*. Milano: Giuffre - 3º vol., 2ª edizione. 1948.

BAREA, Juan B. Jordano. *Las obligaciones solidarias. Estudios Monograficos*. Anuário de Derecho Civil. Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, tomo 45, n. 3, Julho-Setembro, 1992.

BETTI, EMILIO. *Teoria Generale Del Negozio Giuridico. Trattato di Diritto Civile Italiano*. Volume Quindicesimo. Unione Tipografico – Editrice – Torinese, Torino, 1960.

COELHO DA ROCHA. *Instituições de direito civil portuguez*. 2ª edição, Tomo I, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1848.

CORDEIRO, António Menezes:

- *Manual de Direito Bancário*, 3ª edição. Coimbra: Almedina, 2008.
- *Tratado de Direito Civil Português II, Direito das Obrigações* Tomo IV, Almedina, 2010.
- *Tratado de Direito Civil Português VI, Direito das Obrigações*, 2ª edição, Almedina, 2012.
- *Tratado de Direito Civil Português, IV, Direito das Obrigações, Cumprimento e Não Cumprimento, Transmissão, Modificação e Extinção, Garantias*, Almedina, 2010.

CORREIA A., FERRER. *Notas para o estudo do contrato de garantia bancaria. Revista Brasileira de Direito Comparado*. Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, VII, nº 11, Rio de Janeiro, 1991.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das Obrigações*. 12ª edição Revista e Actualizada, Almedina, 2006.

CUNHA, Paulo. *Da garantia das Obrigações*, Tomo II, Livraria Moraes, Lisboa, 1938-1939.

DUARTE, Rui Pinto. *Tipicidade e Atipicidade dos Contratos*. Coleção Teses. Almedina, Janeiro, 2000.

EIRANOVA ENCINAS, Emílio. *Código Civil Alemán Comentado*. Barcelona, Marcial Pons, 1998.

FARIA, Jorge Leite Areias Ribeiro de. *Direito das Obrigações*, volume II, Almedina, Coimbra, 2003.

FRANÇA, Pedro Arruda. *Contratos Atípicos. Legislação, Doutrina e Jurisprudência*. 3ª edição, editora Forense, Rio de Janeiro, 2000.

FERNANDES, María Serrano. *Estudio de Derecho Comparado Sobre La Interpretación De los Contratos*. Tirant lo blanch, Valencia, 2005.

FERRARA, Luigi Cariota. *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2011.

GARRIDO, Tomás Rubio. *Fianza solidaria, solidaridad de deudores y confianza. En el Código Civil y nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Colección Estudios de Derecho Privado. Editorial Comares. 2002.

GOMES, Fátima. *Garantia bancária autónoma à primeira solicitação*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Direito e Justiça, volume VIII, tomo 2, 1994.

GOMES, Manuel Januário da Costa. *Assunção Fidejussória de Dívida. Sobre o sentido e o âmbito da vinculação como fiador*. Coleção teses, Almedina, 2000.

JORGE, Dr. Pessoa. *Direito das Obrigações*. 1º volume, Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa.

JUNIOR, NELSON NERY e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY. *Código Civil Comentado*, 7ª edição, Editora dos Tribunais, 2009.

LEITÃO, Luis Manuel Teles Menezes:

- *Direito das Obrigações*, Volume I, Introdução. *Da Constituição das Obrigações*. 13ª edição, Almedina, 2016.
- *Direito das Obrigações*, Volume II, *Transmissão e Extinção das Obrigações. Não Cumprimento e Garantias do Crédito*, 3ª edição, Almedina, 2005.
- *Garantias das obrigações*, Almedina, 4ª edição, 2012.

LEZCANO, Ignacio Díaz de. *La no presunción de solidaridad en las obligaciones – Estudio en torno a la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Marcial Pons Ediciones Jurídicas Y Sociales, S.A., Madri, 1997.

LIMA, Pires de; VARELA Antunes. *Código Civil Anotado*. Volume I, 4ª edição, Revista e Atualizada, Coimbra Editora, 2011.

MADALENO, Cláudia Alexandre dos Santos. *A acessoriedade nas garantias das obrigações*. Dissertação de mestrado orientada pelo professor Doutor Januário da Costa Gomes, Ciências Jurídicas, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2009

MARCIAL, Alberto Ballarin. *El sistema español en materia de obligaciones solidarias*. Revista Internacional de Notariado, Ano 11, nº 41, 1º trimestre, Junta de decanos de los colégios notariales de España, 1959.

MARTINEZ, Pedro Romano e PONTE, Pedro Fuzeta da, *Garantias de Cumprimento*, 5ª edição, Almedina. 2006.

MEDICUS, Dieter. *Tratado de Las Relaciones Obligatorias*, Volumen I, edición española Ángel Martínez Sarrión, Barcelona. Bosch. 1995.

MEORO, MARIO E. CLEMENTE. *La facultad de resolver los contratos por incumplimento*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998.

MONTEIRO. Washington de Barros. MALUF, Carlos Alberto Dabus e SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Curso de Direito Civil, Direito das Obrigações*, 2ª parte, 40ª edição, editora Saraiva, São Paulo, 2013.

MOREIRA, Guilherme Alves. *Instituições do Direito Civil Português*, vol. II. Coimbra, 1911.

NETO, Abílio. *Código Civil Anotado*. Coimbra Editora, 15ª edição, 2006.

NORONHA, FERNANDO. *Direito das Obrigações*, 4ª ed., rev... e atual., São Paulo: Saraiva, 2013.

PACHECO, Antonio Faria Carneiro. *Dos Privilégios Creditórios*. 2ª edição. Coimbra, 1914.

PERDIGÃO, José de Azeredo, *O Princípio da Autonomia da Vontade e as Cláusulas Limitativas da Responsabilidade Civil*, Lisboa. 1947.

PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

POTHIER, Robert Joseph. *Tratado de las obligaciones*. Trad. espanhola. Buenos Aires: Heliasta, 1993.

PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra:Almedina, 1982.

PROENÇA, José Carlos Brandão. *Lições de cumprimento e não cumprimento das obrigações*. Coimbra Editora, 2011.

RIBEIRO, António Sequeira. *Garantia bancária autónoma à primeira solicitação: Algumas questões*. In: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles / Estudos organizados pelos Professores Doutores António Menezes Cordeiro, Luís Menezes Leitão e Januário da Costa Gomes, Coimbra. Almedina.

STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. Editora Malheiros, São Paulo, 2004.

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Processo n. 068643, Relatado pelo ilustre Desembargador Dr. Rui Corte Real, de 28 de julho de 1981.

TELLES, Inocêncio Galvão:

- *Introdução ao Estudo do Direito*. Volume II. 10<sup>a</sup> edição, Coimbra editora.

*Garantia Bancária Autónoma* Sumários, in *Direito Privado* 11, Ed. Policop, FDL, 1982-83.

- *Garantia Bancária Autónoma in O Direito*, Ano 120º, III-IV (Julho-Dezembro), 1988

TERRA, Aline Valverde. *Autonomia Contratual: Da estrutura à função*. Arquivo Jurídico, Teresina/PI, v. 2, n. 2, 2015.

VARELA, João de Matos Antunes. *Das Obrigações em geral – vol. I*. 10<sup>a</sup> ed. Almedina, 2012.

VASCONCELOS, L. Miguel Pestana de. *Direito das Garantias*. Almedina, 2<sup>a</sup> edição, 2013.

VASCONCELOS, Pedro Pais de:

- *Contratos Atípicos*. Coleção Teses, Almedina, Coimbra, 1995.
- *Teoria Geral do Direito Civil*. Almedina, 6<sup>a</sup> edição. 2010.

VAZ SERRA. Adriano Paes da Silva:

- *Obrigações – Ideias Preliminares Gerais*. Boletim do Ministério da Justiça, nº 77, Junho de 1958.
- *Pluralidade de Devedores ou de Credores*. Lisboa, 1957.
- *Fonte das Obrigações, o Contrato e o Negócio Jurídico unilateral como fonte de obrigações*, Boletim do Ministério da Justiça, n. 77, Junho de 1958.
- *Fiança e Figuras Análogas*. Separata do Boletim do Ministério da Justiça, nº 71, Lisboa, 1957.

WALD, ARNOLDO. *Solidariedade e fiança*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, Ano 28, n. 109, Jan-Março 1991.